

EL TRATAMIENTO FISCAL DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL (*)

Aurora Ribes Ribes

Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Alicante

Recibido: Junio, 2017.

Aceptado: Julio, 2017.

RESUMEN

El presente trabajo aborda el estudio de la tributación de las Instituciones de Inversión Colectiva en el ámbito europeo e internacional. Partiendo de la ausencia de armonización fiscal en esta materia, la autora se centra en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a fin de garantizar la compatibilidad del tratamiento fiscal de estos entes con el debido respeto a las libertades europeas.

Por lo que respecta al acceso de las Instituciones de Inversión Colectiva a los beneficios de los convenios de doble imposición, se examinan los cambios introducidos en los Comentarios al artículo 1, en la actualización del Convenio Modelo de la OCDE de 2010. Especial atención se presta a los problemas prácticos derivados de la interpretación y aplicación del triple test (persona, residente, beneficiario efectivo), con vistas a mejorar el sistema en vigor. La parte final del trabajo se dedica al estudio de las previsiones sobre Instituciones de Inversión Colectiva incluidas en los convenios de doble imposición suscritos por España.

Palabras clave: Instituciones de inversión colectiva, fondos de inversión, Directiva UCITS, jurisprudencia europea, Convenio Modelo OCDE, Comentarios, persona, residente, beneficiario efectivo, convenios españoles de doble imposición internacional, neutralidad fiscal, seguridad jurídica.

(*) El presente trabajo se ha desarrollado en el seno del Contrato de investigación de la autora con el Instituto de Estudios Fiscales (IEF1-17TPA), sobre «La problemática del régimen fiscal de las Instituciones de Inversión Colectiva: marco interno e internacional», merced al cual se realizó una estancia de investigación postdoctoral en la *Université Catholique de Louvain* (Bélgica) del 1 de abril al 30 de junio de 2017. Asimismo, su realización se enmarca en los Proyectos de investigación «El Plan de acción europeo contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y su incidencia en el ordenamiento jurídico español» (DER2015-64816-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de excelencia; y, «Los Planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, y la seguridad jurídica en el ordenamiento europeo e internacional», (Prometeo/2016/053) concedido por la Generalitat Valenciana a grupos de investigación de excelencia.

THE TAX TREATMENT OF COLLECTIVE INVESTMENT VEHICLES AT THE INTERNATIONAL LEVEL

Aurora Ribes Ribes

ABSTRACT

This article provides an overview of the European and International tax framework for Collective Investment Vehicles (CIVs). Taking into account the lack of harmonization in this matter, the author focuses on the analysis of the case law of the European Court of Justice, which ensures the compatibility of the CIVs tax treatment with the fundamental freedoms.

Concerning the entitlement of CIVs to treaty benefits, changes to the Commentary on article 1 of the OECD Model Convention (2010 update) are examined. Special attention is paid to the practical problems derived from the interpretation and application of the so-called three-tier test (person, resident and beneficial owner), in order to improve the current system. The paper concludes by approaching to the specific provisions for CIVs included in the Spanish tax treaties.

Keywords: Collective investment vehicles (CIVs), investment funds, UCITS Directive, European case law, OECD MC, Commentaries, person, resident, beneficial owner, Spanish tax treaties, tax neutrality, tax certainty.

SUMARIO

1. LA REGULACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA EN LA UNIÓN EUROPEA: AUSENCIA DE ARMONIZACIÓN FISCAL DIRECTA. 1.1. La Directiva UCITS y sus posteriores modificaciones. 1.2. Análisis de la jurisprudencia europea: C-194/06, Caso *OESF*; C-338/11, Caso *Santander Asset Management*; C-190/12, Caso *Emerging Markets DFA Investment Trust*; C-326/12, Caso *van Caster*; C-560/13, Caso *Wagner-Rheitz*; y C-48/15, Caso *NN (L)*. 2. LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL A LOS *COLLECTIVE INVESTMENT VEHICLES* (CIVS): LA NEUTRALIDAD FISCAL. 2.1. Los Informes de la OCDE sobre CIVs y su reflejo en los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE. La influencia indirecta del Plan de Acción BEPS. 2.2. Cuestiones problemáticas pendientes. Juicio crítico. 2.2.1. *La superación del «three-tier test»: persona, residente y beneficiario efectivo*. 2.2.2. *La aplicación indirecta del CDI: problemas administrativos*. 2.3. Previsiones de los CDI españoles sobre la tributación de las Instituciones de Inversión Colectiva. 3. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA REGULACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA EN LA UNIÓN EUROPEA

La inversión colectiva (1), canalizada bien a través de sociedades o de fondos de inversión (2), adquiere notable importancia en la sociedad actual —a la vista del aumento de la esperanza de vida de la población—, como medio de ahorro para el futuro.

(1) Según el artículo 1.1 de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, de 4 de noviembre, «son Instituciones de Inversión Colectiva aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos». Las IIC pueden ser Fondos de inversión o Sociedades de inversión, constituyéndose en este último caso como Sociedades anónimas y siendo sus accionistas los propietarios de las acciones de la sociedad.

(2) Conforme al artículo 3.1 de la Ley 35/2003, «los fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos». Es decir, el Fondo de inversión es un patrimonio sin personalidad jurídica, formado por las aportaciones de una serie de inversores o partícipes, que está administrado por una sociedad gestora de IIC (SGIIC) y cuyos derechos de propiedad están representados en un certificado de participación. Las aportaciones de los inversores en los fondos se invierten en activos financieros (letras, bonos, obligaciones, acciones, productos derivados, etc.) o en activos no financieros (filatelia, obras de arte, inmuebles, etc.). El Fondo de inversión se define como un patrimonio, perteneciente a una pluralidad de inversores —denominados partícipes—, que se divide en un número de participaciones de iguales características, que tienen el valor de negociable, pero que carecen de valor nominal. El número de participa-

Con carácter general, los CIVs (*Collective Investment Vehicles*) no suelen presentar problemas de neutralidad fiscal en el ámbito interno (3), al menos cuando los inversores, el propio fondo y la inversión están situados en un único Estado (4). Sin embargo, el tratamiento tributario de esta figura en el contexto internacional (5) suscita graves problemas a la hora de determinar, por ejemplo, si el CIV está legitimado para invocar los beneficios del convenio de doble imposición (CDI), qué Administración Tributaria ostenta el poder de gravamen y cómo deben resolverse las eventuales situaciones de doble imposición económica que puedan generarse.

1.1. La Directiva UCITS y sus posteriores modificaciones

El análisis de la fiscalidad de los fondos de inversión en el plano internacional debe partir, necesariamente, de una aproximación al concepto y formas de este tipo de inversión en la Unión Europea (UE). Y ello porque la modalidad y forma que pueda adoptar esta figura vendrá directamente relacionada con su legitimidad para invocar la aplicación de un CDI. De hecho, como veremos más adelante, la definición de CIV de la OCDE coincide básicamente con la recogida en la Directiva UCITS 2009.

Como es sabido, uno de los objetivos de la UE es la consecución de un Mercado interior con libre circulación de personas, bienes y capitales. De ahí que el logro de un mercado financiero único sea parte esencial del mismo. En este sentido, no obstante la directa aplicación de las libertades fundamentales previstas en el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), se ha defendido que un importante acicate con vistas a alcanzar el Mercado financiero único (*single financial market*) consistiría en la armonización del Derecho nacional de los Estados miembros.

Es más, la necesidad de armonizar la tributación de las rentas del capital en la UE surge como consecuencia directa de la implantación de la libertad de movimiento de capitales en este ámbito. De lo contrario, al haber liberalizado éstos, la existencia de diversos regímenes tributarios internos podría afectar seriamente la neutralidad impositiva en la esfera europea (6). De hecho, la ausencia de armonización en esta materia

ciones es ilimitado y el valor de cada una se calcula dividiendo el valor total del patrimonio entre el número de participaciones en circulación (valor liquidativo).

(3) Sobre la caracterización y tributación de las IIC en España, véanse: CAÑO ALONSO, J.C.: *Tributación de las Instituciones de Inversión Colectiva y de sus accionistas o partícipes*, Thomson – Aranzadi, 2004; y CALVO VÉRGEZ, J.: *Las instituciones de inversión colectiva en la imposición directa*, Thomson – Civitas, 2008.

(4) Además de la citada Ley 35/2003, conforma la normativa española básica sobre este tema el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LIIC (modificado por RD 83/2015, de 13 de febrero, ante la necesidad de completar la transposición de la Directiva 2011/61/UE).

(5) En su Informe General, presentado al Congreso de la *International Fiscal Association* de 1997, ED y BONGAARTS identificaron ya hasta cinco posibles modelos de tributación en este ámbito, según los distintos sistemas nacionales. ED, L. y BONGAARTS, P.: «General Report on The taxation of investment funds», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 82.b, International Fiscal Association, 1997, p. 38.

(6) CRUZ PADIAL, I.: «Las Instituciones de Inversión Colectiva. Directivas comunitarias y situación en nuestro ordenamiento tributario», *Boletín Económico de ICE*, nº 2671, 2000, p. 17. En efecto, se pretende evitar que la fiscalidad se convierta en un aspecto esencial para seleccionar el lugar y la forma de invertir, hasta el punto de que las decisiones de los inversores ahorradores se vean distorsionadas por este elemento. Nótese que la reducción de la presión fiscal sobre los rendimientos del capital puede generar un flujo de capitales hacia los países con menores tipos impositivos y podría aumentar el nivel de ahorro, pero también puede provocar, de otro lado, efectos perversos, como la pérdida de recaudación, si no se aumenta la imposición sobre las rentas del trabajo.

obedece tradicionalmente a diversas razones, siendo la principal el distinto tratamiento conferido por los ordenamientos internos a esta institución.

La extraordinaria importancia que el sector que nos ocupa tiene en el contexto financiero europeo/internacional, motivó la adopción de la Directiva 85/611/CEE, de 20 de diciembre, sobre Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (OICVM) —conocida como Directiva UCITS (7)—, que inició la senda de la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre determinadas categorías de OICVM, con la finalidad de aproximar sus condiciones de comercialización y el ejercicio de las actividades de las sociedades de gestión de los mismos.

La Directiva se proyecta únicamente sobre las instituciones de inversión colectiva (IIC) que ostentan el denominado «pasaporte comunitario», por cumplir los requisitos establecidos en la misma, que pueden comercializar sus acciones o participaciones en todo el espacio europeo (8) con una mera comunicación a las autoridades competentes del Estado de destino, sin necesidad de solicitar su autorización. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva UCITS las IIC de carácter «cerrado», esto es, aquellas que presentan una estructura de capital o fondos propios fija, las IIC inmobiliarias y los llamados *hedge funds* o IIC de inversión libre.

De conformidad con el artículo 1.3 de la Directiva, el fondo de inversión puede adoptar —de acuerdo con el Derecho nacional— diferentes estructuras jurídicas: forma contractual (fondos comunes de inversión gestionados por una sociedad de gestión), o de trust (*unit trust*), o forma estatutaria (sociedad de inversión). Sin embargo, del tenor literal del precepto se colige que la forma adoptada no se considera determinante a la hora de su tributación. Esta cuestión es relevante, pues, avanzándonos al estudio que realizaremos en líneas posteriores, consideramos que la forma legal adoptada por un fondo de inversión sí resulta determinante en el contexto internacional, señaladamente cuando se trata de dilucidar su inclusión o no en el término «persona» del artículo 3.1.a) CM OCDE.

Como es sabido, la Directiva 85/611 fue objeto de numerosas modificaciones, lo que incrementó notablemente la complejidad del marco normativo aplicable. Las dos reformas más significativas fueron las operadas, respectivamente, a través de la Directiva 2001/107/CE (9)

(7) Su nombre derivaba de las siglas en inglés de *Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities*. Coordinaba las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados OICVM, facilitando su comercialización en el entorno europeo, a diferencia de las instituciones Non-UCITS o No armonizadas, que requerían autorización para ello.

(8) Resulta de interés, en este ámbito, el dictamen motivado enviado el 30 de septiembre de 2010 por la Comisión europea a Bélgica, solicitándole formalmente la modificación de su normativa interna respecto al tratamiento tributario de las ganancias patrimoniales derivadas de CIVs. Según el Derecho belga, las ganancias derivadas de la redención de acciones de CIVs establecidos en el Área Económica Europea, aunque fuera de la Unión Europea, son gravables en Bélgica, con independencia de si ostentan o no el «pasaporte comunitario». En contraste, ganancias similares derivadas de CIVs establecidos en la Unión Europea que no ostentan dicho pasaporte, no se someten a tributación. A juicio de la Comisión, este diferente trato fiscal vulnera la libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios proclamadas en el Acuerdo del Espacio Económico Europeo (artículos 40 y 36). La falta de actuación por parte del Estado belga motivó, en el curso del procedimiento de infracción, que la Comisión europea denunciara el 6 de abril de 2011 a Bélgica ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el trato fiscal discriminatorio dispensado a las ganancias derivadas de fondos de inversión islandeses y noruegos. European Commission Press Release IP/10/1253, 30 September 2010; y, European Commission Press Release IP/11/423, 6 April 2011.

(9) Directiva 2001/107/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de enero de 2002 (conocida como *Product Directive*).

y la Directiva 2001/108/CEE (10), que dieron lugar al régimen conocido como UCITS III. La primera se centró en la regulación de las sociedades de gestión y los folletos simplificados, mientras que la segunda abordó las inversiones de los OICVM. En definitiva, ambas completaron la consolidación de la regulación de la inversión colectiva mobiliaria en el Mercado único de servicios financieros, al extender el pasaporte europeo a las sociedades gestoras y ampliar el elenco de activos e instrumentos financieros en los que pueden invertir los OICVM. La promulgación de la Ley española 35/2003, reguladora de las IIC, respondió precisamente a la necesidad de incorporar estas reformas normativas.

El continuo avance de la armonización en esta sede se plasmó en la aprobación de la Directiva UCITS IV en 2009 (11), que fue implementada en el ordenamiento español mediante la publicación de la Ley 31/2011, de 4 de octubre, de modificación de la LIIC. Entre las medidas adoptadas como consecuencia de dicha transposición (12), se simplificó la comercialización transfronteriza de las IIC, se introdujo un régimen de actuación transfronteriza de las sociedades gestoras (SGIIC), se reforzaron las facultades supervisoras y los mecanismos de cooperación entre las autoridades competentes y se reguló el denominado «documento de datos fundamentales para el inversor». Igualmente, se incorporaron algunas modificaciones con el ánimo de impulsar la competitividad de la industria española de IIC que, sin embargo, hubieran sido mucho más efectivas si se hubieran acompañado de las medidas fiscales reclamadas por el sector.

Dentro de este marco de armonización, deviene asimismo reseñable la Directiva 2011/61/UE, sobre Gestores de Fondos de Inversión Alternativa (13) (Directiva AIFM, con siglas en inglés), cuya pretensión es establecer unas reglas homogéneas de actuación para los gestores de IIC alternativas, es decir, aquellas IIC no armonizadas conforme a la Directiva UCITS (incluidos los *Fondos Hedge*, Capital riesgo, IIC inmobiliarias), en aspectos como la autorización, el ejercicio continuo de la actividad y la transparencia de los gestores de fondos de inversión alternativos (GFIA) que los gestionen y/o comercialicen en la UE.

La Directiva 2014/91/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, que modifica la Directiva 2009/65/CE, en lo que se refiere a las funciones de depositario, las políticas de remuneración y las sanciones (14) (conocida como Directiva UCITS IV), representa el último estadio de esta evolución.

Se evidencia, pues, que la existencia en la UE de unos Mercados integrados y eficientes para los fondos de inversión resulta una prioridad estratégica (15). En este sentido,

(10) Directiva 2001/108/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de enero de 2002 (conocida como *Management Company Directive*).

(11) Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados OICVM. El objetivo de esta Directiva era doble: por un lado, mejorar el funcionamiento de las disposiciones de la Directiva 85/611 relativas a la comercialización transfronteriza de participaciones de OICVM y a las obligaciones impuestas a estos productos en materia de información; y, por otro lado, implantar nuevas libertades acordes con el mercado único con el fin de mejorar la eficiencia e integración del Mercado interior de los OICVM, incorporando para ello una serie de disposiciones relativas a fusiones de fondos transfronterizos y puesta en común de activos.

(12) La Directiva 85/611 quedó derogada el 1 de julio de 2011, fecha límite para la incorporación a los Derechos nacionales de los Estados miembros de la Directiva 2009/65.

(13) Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 1 de julio de 2011.

(14) Puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0091&from=EN>

(15) Libro Verde de la Comisión sobre la mejora del marco de la UE para los fondos de inversión (2005) y Libro Blanco sobre la mejora del mercado único de fondos de inversión (2006).

consideramos que las Directivas sobre IIC armonizadas en el ámbito de la UE constituyen el hito más relevante de la última década por lo que respecta a la regulación de la inversión colectiva en España y un punto de inflexión hacia la convergencia de los mercados financieros europeos. En materia fiscal, sin embargo, se aprecia que la tendencia de los Estados miembros ha sido la coordinación de políticas fiscales, más que la armonización legislativa, al hilo de los diferentes pronunciamientos del TJUE en esta órbita.

1.2. Análisis de la jurisprudencia europea: C-194/06, Caso *OESF*; C-338/11, Caso *Santander Asset Management*; C-190/12, Caso *Emerging Markets DFA Investment Trust*; C-326/12, Caso *van Caster*; C-560/13, Caso *Wagner-Rheitz*; y C-48/15, Caso *NN (L)*

A lo largo de los últimos diez años, el TJUE ha abordado distintas cuestiones relativas al régimen fiscal de las IIC y la libre circulación de capitales, lo que ha posibilitado una mejor interpretación de esta libertad fundamental, al tiempo que una mayor coordinación en la política fiscal de los Estados miembros en esta sede.

El primer pronunciamiento relevante fue el recaído en el Asunto *Orange European Smallcap Fund NV* (16), el 20 de mayo de 2008. Se trata de una sentencia compleja (17), en la que además de delimitar el contenido de la citada libertad, el Tribunal clarificó también la relación entre el Derecho Comunitario y los CDI, así como la posible extensión de sus ventajas a terceros Estados.

El litigio enfrentó a la sociedad de capital variable OESF, establecida en Ámsterdam, cuyo objeto social consistía en la inversión de fondos en valores mobiliarios y otros activos emitidos por empresas europeas cotizadas, y la Administración Tributaria holandesa, en relación con diversos aspectos del régimen fiscal aplicable a las IIC. En concreto, con la finalidad de asimilar la tributación de la inversión canalizada a través de estas entidades y la realizada directamente por sus socios o partícipes, el régimen holandés preveía las siguientes medidas: 1) La sujeción de la sociedad de inversión colectiva al tipo cero en el Impuesto sobre Sociedades (IS); 2) La devolución a la IIC de la retención del impuesto sobre los dividendos practicada por la entidad distribuidora residente en los Países Bajos (18). El impuesto sobre los dividendos debía retenerse también con idéntico carácter a cuenta, cuando la sociedad de inversión distribuía dividendos entre sus partícipes, pudiendo los socios residentes deducirlo íntegramente de su impuesto personal; y, 3) Cuando los dividendos obtenidos por la sociedad procedían de una entidad no residente, la normativa holandesa preveía asimismo la devolución a la IIC del impuesto pagado en el exterior por dichos dividendos, con el límite de la cuota del impuesto que «en el caso de inversión directa, sería imputable al Impuesto sobre la renta,

(16) STJUE de 20 de mayo de 2008, Asunto C-194/06, *Staatssecretaris van Financiën y Orange European Smallcap Fund NV*.

(17) Véanse, entre los escasos estudios doctrinales: O'SHEA, T.: «Dutch dividend tax rules found partially incompatible with EC Treaty», *Tax Notes International*, vol. 51, n° 5, 2008, pp.403-406; CATASTI, A.: «The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the Community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?», *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n° 3, 2008, pp.184-203; y, JOHNSTON, N.: «Collective Investment Vehicles», *Bulletin for International Taxation*, vol.66, n° 7, 2012, pp.389 y 390, donde también comenta la STJUE de 18 de junio de 2009, Asunto C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, relacionada con IIC.

(18) Dicha retención se concebía como un pago a cuenta del Impuesto sobre la renta de su receptor, por lo que al no tributar dichas entidades en el IS, se procedía a su devolución.

en virtud de la Ley general tributaria del Reino o de un Convenio para evitar la doble imposición, por titulares de acciones o de participaciones residentes o establecidos en los Países Bajos». Por tanto, la devolución se reducirá proporcionalmente, cuando en caso de inversión directa, los socios no tuvieran derecho a la imputación del impuesto extranjero, ya fuera por no posibilitarlo el CDI suscrito con el Estado de procedencia de los dividendos, ya por ser dichos socios no residentes o no estar establecidos en territorio holandés.

La mayoría de los accionistas de OESF durante el ejercicio 1997-1998 eran particulares y entidades residentes en los Países Bajos, si bien parte del capital correspondía a personas físicas y jurídicas establecidas en otros Estados miembros, Suiza y EEUU. A lo largo de dicho ejercicio, OESF percibió dividendos relativos a participaciones en sociedades extranjeras, que fueron sometidos a tributación en origen mediante la correspondiente retención en la fuente. Aunque OESF solicitó la devolución al Fisco holandés de la totalidad de los impuestos satisfechos, la misma fue objeto de reducción, excluyendo, por una parte, el gravamen correspondiente a los dividendos percibidos de Alemania y Portugal (ante la ausencia de tal imputación en el CDI aplicable al primer caso y la inexistencia de CDI, en el segundo); y reduciendo, por otra parte, dicha compensación, de manera proporcional al capital aportado por los socios no residentes o establecidos fuera de los Países Bajos.

Tras sucesivos desencuentros en las distintas instancias administrativas y judiciales, el tema fue objeto de recurso de casación ante el TS holandés, que remitió al TJUE tres cuestiones prejudiciales con distintos interrogantes sobre el particular. En línea con su doctrina anterior, el Alto Tribunal se mostró respetuoso con el ejercicio del poder tributario por parte de los Estados miembros y, fruto de sus razonados argumentos (19), declaró, en primer término, que los artículos 56 y 58 Tratado CE no vulneraban la normativa de un Estado miembro que, como en el caso que nos ocupa, restringe la devolución prevista al importe que una persona física residente en su territorio habría podido imputar, a causa de retenciones similares, a resultas de un CDI firmado con el Estado de la fuente.

En segundo lugar, empero, el Tribunal europeo sostuvo que dichos artículos sí se oponen a una normativa como la examinada que, una vez establecida la compensación, la reduce en la hipótesis de que los socios de las IIC sean personas físicas o jurídicas no residentes o no establecidas en territorio holandés, por entender el TJUE que tal reducción perjudica a todos los socios de dichas instituciones. Y, finalmente, vino a declarar que se entenderá como restricción a los movimientos de capitales cualquier acción referida a inversiones de todo tipo realizadas por personas físicas y jurídicas, y que crean vínculos duraderos entre el proveedor de fondos y la empresa a la que se destinan tales fondos para el desarrollo de una actividad económica.

Avanzando en el tiempo, destacan también dos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo atinentes al distinto tratamiento tributario conferido a los dividendos resultantes de fondos de inversión, según sean residentes o no residentes. Cabe resaltar, en primer lugar, la Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012 (20), dictada en el Asunto *Santander Asset Management* (21), que fue juzgado sin conclusiones del Abogado general.

(19) Véase el pormenorizado análisis de CORDERO GONZÁLEZ, E.: «Régimen fiscal de las Instituciones de inversión colectiva y libre circulación de capitales. A propósito del Caso «Orange European Smallcap Fund NV», *Revista Noticias de la Unión Europea*, n° 305, 2010, pp. 89-98.

(20) STJUE de 10 de mayo de 2012, Asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11, *Santander Asset Management*, SGHC, S.A.

(21) Véanse, al respecto: DIBOUT, P.: «Le régime fiscal des dividendes versés aux OPCVM étrangers: un enjeu contentieux d'une importance exceptionnelle», *Revue de droit fiscal* 2011,

Las partes demandantes eran OICVM residentes en distintos Estados miembros, y también en EEUU, que invertían en sociedades francesas y percibían los correspondientes dividendos. Según la normativa francesa, tales dividendos –que estarían exentos de tributación en Francia si fueran percibidos por residentes en territorio francés– están sujetos a una retención en la fuente del 25%.

Ante la duda de si tal previsión podía entrañar un atentado a los artículos 63 y 65 TFUE, se elevaron al TJUE sendas cuestiones prejudiciales, consistentes básicamente en si debía o no tenerse en cuenta la situación de los partícipes en los OICVM, y no sólo la de éstos, a efectos de determinar la existencia de un trato fiscal discriminatorio en función del lugar de residencia de la entidad beneficiaria.

El Alto Tribunal observó el *iter* argumentativo habitual, recordando que las medidas prohibidas por el artículo 63.1 TFUE, según reiterada y constante jurisprudencia, son aquellas constitutivas de restricciones a la libre circulación de capitales, bien porque pueden disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de dicho país de invertir en otros del ámbito europeo. En el caso en cuestión, la retención en origen del 25% sobre los dividendos satisfechos a entidades no residentes, evidentemente, es susceptible de disuadir, de un lado, a los OICVM no residentes de cara a realizar inversiones y, de otro lado, a los inversores residentes en Francia de adquirir participaciones en OICVM no residentes.

Constatada dicha restricción, el TJUE procedió a examinar si la misma podía justificarse, bien por afectar a situaciones que no fueran objetivamente comparables, bien por concurrir razones imperiosas de interés general. Según el Gobierno francés, a fin de determinar si estamos ante situaciones comparables, debía tomarse en consideración además de la situación de los OICVM, la de los partícipes en éstos. Sin embargo, el TJUE rechazó esta interpretación, alegando que cuando un Estado había establecido un criterio de distinción para la tributación de los dividendos distribuidos (la residencia o no de la entidad inversora), únicamente debía tenerse en cuenta dicho criterio a efectos de apreciar si las situaciones son o no comparables (22) y la normativa examinada, por ende, presenta o no carácter discriminatorio. A la vista de ello, se declaró la comparabilidad de las situaciones y, en consecuencia, la imposibilidad de justificar la restricción existente.

Por último, el TJUE analizó si dicha restricción podía justificarse por alguna razón imperiosa de interés general, en relación con lo cual el Gobierno francés invocó la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales y el mantenimiento de la coherencia del régimen fiscal controvertido. Ninguno de estos motivos fue acogido por el Alto Tribunal. Respecto al primero, el TJUE matizó que cuando un Estado miembro decide no gravar a los OICVM residentes que perciben dividendos de origen nacional, no puede invocar la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros para justificar la sujeción al impuesto de los OICVM no residentes que perciben estos rendimientos.

Comm. 485, pp.62-68; MARZANO, M.: «Comparabilità» comunitaria e dividendi distribuiti a organismi di investimento collettivo del risparmio non residenti», *Rassegna Tributaria*, n° 3, 2013, pp. 714-730; VIITALA, T.: «Comparability of different CIVs under EU Law», en: Vermeulen, H. (ed.): *The tax treatment of CIVs and REITs*, IBFD Publications, The Netherlands, 2013, pp. 154-155.

(22) Como advirtió el propio TJUE, en el Asunto *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06) sí se tuvo presente tal circunstancia, pues el legislador nacional había adoptado la situación fiscal del partícipe como criterio de distinción del trato fiscal aplicable (párrafo 40).

En la misma dirección, la eficacia de los controles fiscales no puede justificar una imposición que grava únicamente a los no residentes. Y, por último, el mantenimiento de la coherencia del régimen tributario sólo podría constituir una justificación legítima si se demostrara una relación directa entre la ventaja fiscal en cuestión y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado. Tal vínculo directo no existe, en la medida en que la exención de la retención en origen de los dividendos no está sujeta al requisito de que éstos sean distribuidos por el OICVM y que su imposición a los partícipes permita compensar la exención de la retención en origen. En relación con terceros Estados, el Tribunal europeo se limitó a afirmar que el Gobierno francés no había demostrado por qué la eficacia de los controles fiscales debería justificar una imposición que grava única y específicamente a los OICVM no residentes.

Esta línea argumental se reprodujo, en términos similares, con ocasión del Asunto *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (23), que dio lugar a la STJUE de 10 de abril de 2014 (24). El conflicto se suscitó, en este caso, entre un fondo de inversión con sede en EEUU y la Administración Tributaria polaca, a raíz de la denegación por ésta de la devolución del exceso del IS recaudado, en concepto de tributación de los dividendos abonados a dicho fondo por sociedades de capital domiciliadas en territorio polaco durante los ejercicios 2005 y 2006.

De acuerdo con la LIS polaca, tales dividendos se encuentran sujetos a tributación (al 19%), salvo que se obtengan por parte de entidades residentes/domiciliadas en Polonia, en cuyo caso se aplica la exención fiscal. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.2.b) del CDI entre Polonia y EEUU, se establece como tipo de gravamen máximo en esta situación el 15%.

El demandante, cuya actividad consistía en la adquisición de participaciones en sociedades polacas, consideró que tenía derecho a la devolución del impuesto que había gravado los dividendos procedentes de sociedades establecidas en Polonia, con base en la aplicación combinada del artículo 22.1 de la LIS polaca y del artículo 11.2.b) del aludido CDI. Sin embargo, tal solicitud fue desestimada argumentándose que la exención fiscal únicamente se proyectaba sobre los fondos de inversión establecidos en Polonia. Tras ello se interpuso un recurso de anulación ante la jurisdicción competente.

Ante la posibilidad de que la normativa polaca pudiera encerrar una discriminación entre los fondos de inversión establecidos en Polonia y los radicados en terceros Estados y, violar, consiguientemente, las libertades fundamentales consagradas en el TFUE, el órgano jurisdiccional nacional se dirigió al TJUE, preguntando, en primer término, sobre la aplicabilidad del artículo 63 TFUE al caso de autos y, en caso afirmativo, sobre la legitimidad del distinto tratamiento fiscal otorgado, según la residencia o no en Polonia del fondo de inversión.

En respuesta a la primera cuestión prejudicial, el Alto Tribunal recordó que el régimen fiscal de los dividendos puede estar comprendido tanto en el ámbito de aplicación

(23) STJUE de 10 de abril de 2014, Asunto C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company y Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy*. Véase también, en este sentido, la STJUE de 25 de octubre de 2012, Asunto C-387/11, *Comisión Europea contra Reino de Bélgica*.

(24) Véanse, al respecto: WŁODZIMIERZ, N. y MICHAŁ, W.: «Poland: C-190/12 *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*», en: VVAA: *ECJ – Recent developments in direct taxation 2012*, Linde Verlag, Viena, 2013, pp. 187-203; DICKSON, K. y O'SHEA, T.: «Non-EU funds can be charged withholding taxes, ECJ Advocate General says in *Emerging Markets*», *Tax Notes International*, vol. 73, n° 6, 2014, pp. 541-550; VON BROCKE, K.: «*Emerging Markets Series*: equal tax treatment for U.S. Regulated investment companies in Europe», *Tax Notes International*, 2014, pp. 327-333; BAKER, Ph.: «The CJUE judgment in the *Emerging Markets Series* case», *Tax Journal*, n° 1215, 2014, pp. 14-15.

del artículo 49 TFUE (libertad de establecimiento), como en el del artículo 63 TFUE (libre circulación de capitales). La determinación de si una normativa nacional se encuadra en el ámbito de una u otra libertad depende de su objeto. En particular, conforme a la jurisprudencia constante del Tribunal (y, en especial a lo declarado en el Asunto *Test Claimants in the FII Group Litigation*), se incluye en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento una normativa interna destinada a aplicarse únicamente a las participaciones que permitan ejercer una influencia efectiva en las decisiones de la sociedad y determinar las actividades de ésta. Por el contrario, si se trata de disposiciones nacionales aplicables a participaciones adquiridas con el único fin de realizar una inversión de capital, sin intención alguna de influir en la gestión y en el control de la empresa, tal normativa debe examinarse exclusivamente a la luz de la libre circulación de capitales.

Una vez clarificada la aplicabilidad del artículo 63 TFUE al presente asunto, la argumentación del Tribunal europeo a efectos de dilucidar si el distinto trato fiscal conferido al fondo de inversión establecido en EEUU, en comparación con el radicado en Polonia, es contrario a la libre circulación de capitales, discurrió de manera paralela a los razonamientos expuestos en el Asunto *Santander Asset Management*, ya comentado.

Tras comprobar la existencia de una restricción, por cuanto dicha diferencia de trato fiscal podía disuadir, de un lado, a los fondos de inversión establecidos en un país tercero de adquirir participaciones en sociedades radicadas en Polonia; y, de otro lado, a los inversores residentes en este Estado miembro de adquirir participaciones en fondos de inversión no residentes, el TJUE procedió a examinar si, con todo, dicha restricción estaba justificada.

Por lo que respecta, en primer término a la comparabilidad de las situaciones analizadas, se rechazó de nuevo, como ya ocurrió en el Caso *Santander Asset Management*, la posibilidad de atender a la situación de los partícipes (25) en el fondo en cuestión, dado que el único criterio utilizado para determinar el trato fiscal en la normativa aplicable era exclusivamente el lugar de situación de la entidad inversora.

Igualmente, se desestimó la pretensión de considerar la inexistencia de comparabilidad en base a que los fondos de inversión con sede en la UE se hallan sujetos a una normativa uniforme, aplicable a su constitución y funcionamiento —la Directiva 85/611/CEE, modificada por la Directiva 2004/39/CE—, que es la que posibilita que, al ajustarse a tales exigencias, puedan beneficiarse de la exención prevista en la normativa polaca; en contraste con los fondos no residentes en la UE que, al no serles de aplicación dicha Directiva, se encontrarían en una situación jurídica y fáctica distinta. Como apuntó el Abogado general, esta disquisición resultaba irrelevante, en el bien entendido de que el requisito principal para conceder la exención no era sino la residencia fiscal del Fondo de inversión en Polonia.

Expuesto cuanto antecede y, a imagen y semejanza de lo declarado en el Asunto *Santander Asset Management*, el Tribunal de Luxemburgo rechazó asimismo, como posibles razones imperiosas de interés general que pudieran justificar la restricción, la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales, la necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal, así como la distribución de las potestades tributarias y la salvaguardia de los ingresos fiscales, concluyendo que la norma polaca analizada lesionaba los artículos 63 y 65 TFUE.

(25) Esta alegación, formulada por el Gobierno alemán, pretendía que los efectos de la restricción se neutralizaran cuando el inversor pudiera, en su Estado de residencia, imputar en su cuota tributaria el impuesto pagado por el fondo de inversión en origen, o deducir dicho gravamen al determinar la base imponible del impuesto que hubiera de pagar en su Estado de residencia.

En concreto, al no otorgar una exención fiscal a los dividendos pagados por sociedades establecidas en ese Estado miembro a un Fondo de inversión situado en un Estado tercero (siempre que exista entre Polonia y EEUU un adecuado sistema de asistencia administrativa mutua que permita a las autoridades tributarias nacionales comprobar la información remitida, en su caso, por el Fondo de inversión, para asegurarse de que los Fondos de inversión de EEUU operan en un marco normativo equivalente al de la UE), el TJUE vino a considerar que tal normativa nacional suponía una quiebra de la libre circulación de capitales (26) proclamada en el marco europeo.

En otro orden de cuestiones, el Alto Tribunal ha tenido también oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad o no con el artículo 63 TFUE, de una normativa nacional que impone el cumplimiento a los fondos de inversión, tanto residentes como no residentes, de determinadas obligaciones de comunicación y publicación de información, so pena de gravar a tanto alzado los dividendos percibidos.

Al hilo de la Sentencia de 9 de octubre de 2014 (27), el TJUE resolvió la cuestión prejudicial planteada en el seno del litigio entre la Sra. Van Caster y su hijo, residentes en Alemania, y titulares de participaciones en fondos de inversión no residentes, depositadas en un banco belga.

De acuerdo con la normativa alemana, los inversores tributaban de distinta forma en función de su grado de cumplimiento de los deberes de presentación, comunicación y publicación de la información requerida en el artículo 5 de la Ley sobre la tributación de las inversiones. En la hipótesis de que los requisitos de dicho precepto no concurrieran, las participaciones en los fondos de inversión se gravaban a tanto alzado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 de la misma Ley.

Disconformes con la determinación de los rendimientos de sus fondos «no transparentes» entre los ejercicios 2004 a 2008, los Sres. Van Caster solicitaron ante el Tribunal tributario de Düsseldorf la modificación de las liquidaciones impositivas, de manera que los rendimientos de capital derivados de esos ejercicios se determinaran según los importes declarados, alegando que el artículo 6 de la Ley alemana sobre la tributación de las inversiones era contrario a la libre circulación de capitales proclamada en el TFUE.

Ante ello, el órgano judicial nacional suspendió el procedimiento y preguntó al Tribunal de Luxemburgo si, a pesar de que el sistema de tributación a tanto alzado del artículo 6 se aplicaba tanto a fondos de inversión no transparentes residentes como no residentes, podía sin embargo entrañar una discriminación encubierta de los fondos no residentes no transparentes, toda vez que los fondos residentes sí reunían generalmente los requisitos del artículo 5 citado, en contraste con los no residentes.

Teniendo en cuenta que la tributación a tanto alzado, aplicada en caso de inobservancia de tales obligaciones, consistía en calcular una base imponible mínima del 6% del precio de reembolso al término del año natural, con independencia de las variaciones del valor de la participación durante el año, el TJUE constató la existencia de una restricción a la libre circulación de capitales. En efecto, dicho cálculo a tanto alzado puede producir una sobrevaloración de los rendimientos reales del contribuyente, especialmente cuando los tipos de interés se mantienen a niveles bajos durante un período prolongado.

(26) Y ello porque, como es sabido, la libre circulación de capitales es la única de las libertades europeas que no circunscribe su eficacia a los Estados miembros de la UE, ni a los residentes en dicho marco, sino que tiene virtualidad *erga omnes*.

(27) STJUE de 9 de octubre de 2014, Asunto C-326/12, *Rita van Caster, Patrick van Caster y Finanzamt Essen-Süd*.

Dado su carácter más gravoso, tal sistema de tributación podía disuadir al contribuyente de invertir en fondos que no cumplan las obligaciones previstas en dicha norma interna. Descendiendo a los hechos del procedimiento principal, la citada norma podía disuadir a un inversor alemán de suscribir participaciones en un fondo de inversión no residente, puesto que, sin permitirle aportar pruebas o información sobre la cuantía de sus rendimientos efectivos, le exponía a un gravamen a tanto alzado menos beneficioso.

Por último, se descartó la posible justificación de la restricción, ya sea por garantizar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros; ya por la necesidad de asegurar la eficacia del control fiscal y la recaudación eficaz de los impuestos. En el primer caso, la justificación pretendida no prosperó porque la normativa nacional controvertida no tenía por objeto evitar conductas que pudieran comprometer la competencia del Estado germano para gravar las actividades ejercidas en su territorio, ni para gravar los rendimientos obtenidos por sus residentes en otro Estado miembro. Y, con respecto a la segunda causa de justificación, se evidenció que una norma nacional que impedía de manera absoluta a los contribuyentes suscriptores de participaciones en fondos de inversión no residentes la aportación de pruebas distintas de las previstas en el ordenamiento interno, a efectos de satisfacer los criterios de presentación de información requeridos, iba más allá de lo necesario para garantizar la eficacia de los controles fiscales.

Especial trascendencia presenta la Sentencia de 21 de mayo de 2015 (28), en la que el TJUE se pronunció sobre la delimitación del ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales y de servicios (29) y, en particular, sobre la interpretación de la referencia a la «prestación de servicios financieros» del artículo 64.1 TFUE.

La controversia tuvo su origen en la aplicación de una norma alemana que establecía la imposición a tanto alzado de los rendimientos del capital derivados de participación en fondos de inversión extranjeros, denominados «negros», por no cumplir las obligaciones nacionales exigidas en materia de declaración, autorización, prueba y designación de representante. La Sra. Schweiler, residente en Alemania, tuvo entre 1997 y 2003 un depósito de estas características en un Banco sito en Liechtenstein, en el que se incluían participaciones en un fondo de inversión con sede en las Islas Caimán.

En 2008, la Sra. Schweiler presentó las correspondientes declaraciones complementarias, declarando por primera vez los rendimientos derivados de tal Fondo, con base en la documentación que el Banco de Liechtenstein le había proporcionado y procediendo a su liquidación. La Administración Tributaria alemana modificó dichas liquidaciones al alza, contra lo cual la contribuyente interpuso una reclamación, alegando la incompatibilidad de la imposición a tanto alzado prevista en el artículo 18.3 de la Ley alemana sobre la venta de participaciones en fondos de inversión extranjeros y sobre la imposición de los rendimientos derivados de participaciones en fondos de inversión extranjeros (*AusInvestmG*), con el principio de libre circulación de capitales.

(28) STJUE de 21 de mayo de 2015, Asunto C-560/13, *Finanzamt Ulm e Ingeborg Wagner-Raith*.

(29) Véanse, al respecto: RÖDER, E.: «The Wagner-Raith (C-560/13) and Grünewald (C-559/13) cases», en: VVAA: *ECJ – Recent developments in direct taxation 2013*, Linde Verlag, Viena, 2014, pp. 63-82; SMIT, D.: «Wagner-Raith. Restrictions on the free movement of capital to and from third countries», *Highlights & Insights on European Taxation*, n° 8, 2015, pp. 31-32; PICOD, F.: «À la recherche du sens d'une exception à la libre circulation des capitaux», *La Semaine juridique*, n° 23, 2015, p. 1109; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Libertades fundamentales e impuestos directos», *Revista española de Derecho Financiero*, n° 167, 2015, pp. 365-367.

En opinión de la demandante, la mayor tributación —en su caso— debía basarse únicamente en los beneficios efectivos, para lo cual solicitó que sus rendimientos del capital fueran gravados conforme a lo dispuesto en el artículo 18.1 de la citada ley, al tiempo que ponía a disposición de las autoridades tributarias los documentos necesarios a tal fin.

Habiéndose mantenido el desacuerdo entre las partes en las diferentes instancias judiciales, el asunto se recurrió finalmente en casación ante el Tribunal Federal de finanzas. Este órgano suspendió el procedimiento y planteó al TJUE si el artículo 64 TFUE debía interpretarse en el sentido de que una norma nacional como la comentada, constituía una medida relacionada con movimientos de capitales que suponen la prestación de servicios financieros en el sentido de dicho artículo.

Como es sabido, el artículo 64.1 TFUE contiene una lista tasada de los movimientos de capitales susceptibles de eludir la aplicación del artículo 63.1 TFUE. Por tanto, el TJUE comenzó por dilucidar si la norma interna en cuestión versaba sobre movimientos de capitales y, en caso afirmativo, si tales movimientos implicaban la prestación de servicios financieros.

Tras concluir que la percepción de dividendos de un organismo de inversión colectiva sí se encuentra vinculada a un movimiento de capitales, el Tribunal europeo matizó que la determinación de si una normativa nacional se encuadra en el ámbito de una u otra de las libertades fundamentales (libre prestación de servicios o libre circulación de capitales) garantizadas por el TFUE, dependía del objeto de dicha normativa. En el presente caso, el TJUE consideró que al tener como objeto principalmente los movimientos de capitales, la norma alemana quedaba comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 64.1 TFUE.

Y ésta es, precisamente, la mayor aportación de la Sentencia analizada, que al delimitar claramente el ámbito de aplicación de estas libertades, posibilita a su vez la interpretación y correcta aplicación de las normas nacionales sobre la fiscalidad de la inversión en productos financieros. Así, mientras las normas sobre fiscalidad del inversor que invierte en productos de otro Estado miembro están comprendidas en el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales (que se proyecta sobre Estados miembros de la UE y Estados terceros), la virtualidad de la libre prestación de servicios quedaría circunscrita a las relaciones en el marco europeo.

Una legislación nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé una imposición a tanto alzado de los rendimientos en la situación descrita, puede lógicamente disuadir a los inversores residentes de suscribir participaciones en fondos de inversión no residentes. De acuerdo con ello, el TJUE concluyó que dicha norma nacional, a la luz del artículo 64 TFUE, constituye una medida que tiene por objeto movimientos de capitales que comportan la prestación de servicios financieros en el sentido de dicho artículo.

Cuestión distinta y competencia del órgano judicial interno, una vez contestada la cuestión prejudicial, es la concerniente a la tesis de la Administración Tributaria germana, que alegaba que la norma en discusión estaba cubierta por la cláusula *standstill* del artículo 64.1 TFUE. No albergamos ninguna duda de que esta pretensión prosperaría, a la vista de que aunque los artículos 63 y 64.1 TFUE prohíben todas las restricciones a los movimientos de capitales que supongan la prestación de servicios financieros entre Estados miembros y terceros países, excepciona esta regla en la hipótesis de que dicha restricción existiera, conforme al Derecho nacional o al de la UE, el 31 de diciembre de 1993, como era el caso del artículo 18.3 de la ley alemana.

Al hilo del último pronunciamiento sobre la materia hasta la fecha, dictado el 26 de mayo de 2016 en el Asunto *NN (L) International SA* (30), el Tribunal europeo abordó el estudio de la compatibilidad entre el impuesto anual sobre los organismos de inversión colectiva (OIC) y las libertades europeas.

El punto de partida lo constituía el artículo 2.1 de la Directiva 69/335, ya derogada, que establecía que las operaciones sometidas a dicho impuesto serían únicamente gravables en el Estado miembro en cuyo territorio radicara la sede de dirección efectiva de la sociedad de capital, en el momento de realización de tales operaciones. El conflicto se planteó entre la Administración Tributaria belga y *NN (L)*, sociedad domiciliada en Luxemburgo, que tras haber declarado y abonado el impuesto anual sobre los OIC por el ejercicio 2006, impugnó posteriormente ante el Tribunal de primera instancia de Bruselas la legalidad de dicho tributo en relación con lo dispuesto en otras Directivas comunitarias y con el artículo 22 del CDI suscrito entre Luxemburgo y Bélgica.

El órgano judicial desestimó la primera parte de la pretensión, pero acogió la segunda, relativa a la infracción del CDI citado, frente a lo cual la Hacienda Pública belga recurrió en apelación. Ante la duda de si podía o no excluirse la aplicación de la Directiva 69/335, por cuanto el impuesto en cuestión no deja de estar sujeto a la prohibición general de obstáculos a la libertad de circulación, el Tribunal de apelación de Bruselas elevó al TJUE seis cuestiones prejudiciales, cuya respuesta sintetizamos a continuación.

La primera cuestión prejudicial versaba sobre si los artículos 2, 4, 10 y 11 de la Directiva 69/335 se oponen a una normativa nacional que establece un impuesto anual sobre los OIC, como el analizado, que grava a los OIC regidos por un ordenamiento extranjero que distribuyen participaciones en ese Estado miembro. Del análisis de los artículos de la Directiva mencionada se infiere, dado que no contemplan las operaciones de los OIC, que éstos no quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 69/335. Por consiguiente, cabe concluir que ésta no se opone a la sujeción a dicho impuesto de los OIC regidos por un ordenamiento jurídico extranjero.

Siguiendo la sistemática del TJUE, se resolvió acto seguido la cuarta cuestión prejudicial, relativa a si el impuesto contemplado atentaría contra la Directiva 85/611, cuyo objetivo principal es el de facilitar la comercialización de las participaciones de los OICVM en la UE. En este punto, conviene recordar que la citada Directiva no englobaba disposición alguna de índole fiscal, sino que se limitaba a señalar que las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a los OICVM –y no comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva–, no fueran discriminatorias.

De conformidad con ello, el Alto Tribunal declaró que, *a priori*, no se apreciaba, pues, incompatibilidad alguna, si bien la posible aplicación discriminatoria o no de dichas disposiciones se determinaría al examinar las cuestiones prejudiciales segunda, tercera y sexta. En línea con lo ya apuntado, las cuestiones segunda y tercera se refieren a si la exacción del impuesto aludido podría ser contraria al artículo 56 CE.

La respuesta del TJUE es diáfana, al subrayar que las medidas prohibidas por el artículo 56.1 CE, por constituir restricciones a los movimientos de capitales, incluyen las que pueden disuadir a los no residentes de invertir en un Estado miembro o a los residentes de dicho Estado miembro de hacerlo en otros Estados miembros.

En este sentido, la demandante considera que el impuesto es discriminatorio y restringe la libre circulación de capitales, pues se aplica a todos los OIC (ya estén regidos

(30) STJUE de 26 de mayo de 2016, Asunto C-48/15, *État belge, SPF Finances y NN (L) International SA*.

por el Derecho belga, o por un Derecho extranjero), otorgándoles un trato fiscal idéntico, a pesar de que sus situaciones no son objetivamente comparables.

A juicio del TJUE, empero, el hecho de que el impuesto se aplique por igual a todos, revela que la única diferencia de situación objetiva entre estas dos categorías de OIC, en relación con su sujeción al mismo, radica en que para los OIC regidos por un Derecho extranjero, al impuesto anual examinado se añade la imposición que se les pueda girar en el Estado miembro de su domicilio. Ahora bien, como el Tribunal europeo se ha encargado de clarificar en reiteradas ocasiones, no existiendo una armonización europea en esta materia, las desventajas fiscales que puedan derivar del ejercicio de las potestades tributarias de los Estados miembros no constituyen restricciones a las libertades de circulación; de manera que los Estados miembros no vienen obligados a adaptar su sistema tributario a los de los diferentes países del ámbito europeo a fin de eliminar la eventual doble imposición internacional que pueda generarse.

Finalmente, inadmitida por el TJUE la quinta cuestión prejudicial, se procede a resolver la sexta, relativa a si los artículos 49 y 56 CE se oponen a una disposición nacional en la que se prevé una sanción específica (la prohibición de distribuir participaciones en un futuro), impuesta judicialmente sobre los OIC regidos por un Derecho extranjero, en caso de haber incumplido éstos la obligación de presentar la declaración anual necesaria para la recaudación del impuesto, o la obligación de pago.

Tras estudiar el régimen sancionador belga aplicable en estas circunstancias, el TJUE constató que las sanciones previstas a los OIC regidos por el Derecho belga eran distintas de las contempladas para los OIC regidos por un ordenamiento extranjero, siendo en el segundo caso más severas las sanciones ante el incumplimiento de las mismas obligaciones legales. De acuerdo con ello, se apreció la existencia de una restricción de la libre prestación de servicios, en el bien entendido de que tal diferencia de trato basada en el lugar de establecimiento podía disuadir a los OIC regidos por un Derecho extranjero de comercializar participaciones en Bélgica.

La admisión de dicha restricción se condiciona, como es sabido, a su justificación por razones imperiosas de interés general y al carácter adecuado de su aplicación para garantizar la consecución del fin perseguido, sin exceder de lo estrictamente necesario. En el presente asunto, el TJUE reconoció la concurrencia de la necesidad de asegurar la eficacia del cobro del impuesto como motivo imperioso de interés general, de manera que la posibilidad de imponer una sanción ante dicho incumplimiento se estimó apta para lograr dicho objetivo; aunque excesiva, pues al no limitar la duración de la sanción ni prever su graduación en función de la gravedad de la infracción, el Alto Tribunal consideró que la medida iba más allá de lo necesario, infringiendo con ello el artículo 49 CE.

En otro orden de ideas, el tratamiento fiscal de los CIVs plantea asimismo una importante cuestión, en la que confluyen tanto el Derecho europeo como los CDI. Nos referimos a la posible aplicación en este campo de la cláusula de la nación más favorecida (*most-favoured nation doctrine*), sobre la que se pronunció en 2005 el TJUE en el Asunto *D*, a través de una sentencia (31) muy debatida doctrinalmente. Ciñéndonos al ámbito de las IIC, se trataría de determinar si dicha doctrina resulta extrapolable al tema examinado. Es decir, en el supuesto de que un Estado miembro de la UE prevea en su CDI la aplicación a las IIC de los beneficios convencionales, debería también extender esta posibilidad a las IIC —que cumplan los requisitos exigidos— de otros Estados miembros, aunque en los CDI suscritos con éstos no se incluya dicha cláusula. La respuesta a esta controversia no resulta sencilla,

(31) STJUE de 5 de julio de 2005, C-376/03, *D. contra Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*.

pues requiere un detenido análisis de la naturaleza de las disposiciones en cuestión, debiendo distinguirse, como hace el TJUE, entre las disposiciones que forman parte integral del CDI, contribuyendo por tanto a su equilibrio global, y aquellas otras que presentan carácter mecánico, en la medida en que se dirigen a facilitar la aplicación del tratado, pero no suponen distribución de la potestad tributaria entre los Estados parte.

En nuestra opinión, siguiendo esta distinción apuntada por el TJUE en el Asunto *D*, consideramos que las previsiones relativas a las IIC alojadas en los CDI no constituyen parte integral del mismo, en el sentido de reparto del ejercicio del poder tributario entre los Estados soberanos, motivo por el cual nos mostramos partidarios de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en este ámbito (32), en relación con los CDI con otros Estados miembros que adolecieran de previsiones específicas sobre IIC.

La aproximación a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en esta materia pone de relieve que, pese a no ser muy numerosos, los pronunciamientos dictados conforman ya una cierta doctrina que arroja luz sobre distintos aspectos controvertidos de la fiscalidad de las IIC y su compatibilidad o no con las libertades europeas. La labor clarificadora del TJUE se mantiene en la actualidad, ante las cuestiones prejudiciales formuladas por los Tribunales de los Estados miembros sobre esta temática. Exponente de ello son, entre otras, la cuestión prejudicial elevada el 5 de septiembre de 2016 por el Tribunal danés (*Ostre Landsret*), en el Asunto *Fidelity Funds v. Skatteministeriet* (Caso C-480/16), acerca de la compatibilidad con la libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios de la normativa danesa que concede un trato tributario más favorable a los CIVs daneses, en comparación con los extranjeros (33); y, en la misma línea, ahondando en el análisis del juicio de comparabilidad, las dos cuestiones prejudiciales planteadas el 3 de marzo de 2017 por el Tribunal Supremo de los Países Bajos (*Hoge Raad der Nederlanden*), relativas a la legitimidad de fondos de inversión extranjeros (*UK open-end investment funds* y *German UCITS*, respectivamente) de obtener la devolución de la retención practicada sobre los dividendos derivados de su participación en tales fondos (34).

En consecuencia, aunque en el campo de las IIC todavía no es posible afirmar la existencia de un mercado global, la reciente evolución legislativa europea ha contribuido de manera significativa a alcanzar tal objetivo, a lo que también ha coadyuvado la doctrina del TJUE en materia fiscal, lo que nos permite augurar el logro de relevantes avances para la tributación de las IIC a nivel europeo en un futuro próximo.

2. LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL A LOS COLLECTIVE INVESTMENT VEHICLES: LA NEUTRALIDAD FISCAL

La inversión colectiva presenta interesantes ventajas para el inversor, en comparación con la inversión que podría realizar individualmente (gestión profesionalizada, diversificación de la inversión, costes reducidos, etc.) (35). Por esta razón, las IIC constituyen una atractiva fórmula de inversión tanto interna como transfronteriza.

(32) Ésta es la posición mantenida, entre otros, por: FIBBE, G.K.: «Changes to the OECD Commentary on Collective Investment Vehicles proposed by the OECD Committee on Fiscal Affairs», *Bulletin for International Taxation*, vol. 64, n° 3, 2010, pp. 149-151.

(33) Véase: *IBFD Tax News Service* – 15 November 2016.

(34) Véase: *IBFD Tax News Service* – 7 March 2017.

(35) Cabe destacar que la función de los CIVs no ha cambiado, siendo la misma que ya describió la OCDE en su Informe de 1977. Sobre las economías de escala que implica la inversión

El principio de neutralidad fiscal cobra en este ámbito una gran relevancia y explica por qué las IIC requieren del establecimiento de normas específicas. Conforme a este principio, los contribuyentes que invierten de forma colectiva no deben ser tratados de modo más gravoso que los que invierten a título individual. Estas medidas se reputan suficientes en el plano interno, en el que los inversores, las IIC y las inversiones se localizan en la misma jurisdicción. Sin embargo, cuando alguno (o varios) de estos elementos se sitúan en diferentes países, la problemática no tarda en aparecer.

Como examinaremos a continuación, el tratamiento fiscal de las IIC a nivel internacional encierra todavía múltiples interrogantes (36), debido a la ambigüedad de las previsiones convencionales y a la heterogeneidad de las normativas nacionales de los Estados parte.

2.1. Los Informes de la OCDE sobre CIVs y su reflejo en los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE. La influencia indirecta del Plan de Acción BEPS

La posición de la OCDE en relación con el tratamiento de los CIVs se resume en la idea de respeto a la neutralidad fiscal, lo que implica la necesidad de determinar la existencia de posibles impedimentos a las inversiones transfronterizas a través de estos vehículos, que las coloquen en una situación menos favorable respecto a las inversiones directas. Y ello entronca directamente con la legitimidad o no de los CIVs para invocar (por sí mismos o a través de sus partícipes) la aplicación de los beneficios del CDI de que se trate.

La controversia teórica y práctica generada en torno a este tema motivó la celebración en 2006 de una reunión informal entre el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE y los Gobiernos y representantes del sector, a fin de debatir sobre los obstáculos que dificultaban el acceso a los CDI por parte de los CIVs (37). Como resultado de ello, se decidió crear el *Informal Consultative Group on the Taxation of Collective Investment Vehicles and Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors* (the «ICG»), cuyos trabajos se plasmaron en la publicación de dos Informes el 12 de enero de 2009. El primero, denominado «*the CIV Report*» (38), analizó la posible aplicación de los CDI a los CIVs; mientras que el segundo, conocido como «*the Procedures Report*» (39), se centró en la mejora del acceso a los CDI en relación con los inversores transfronterizos.

a través de estas instituciones, véase: BROWN, P. A.: «Fifty years of uncertainty: the problem of international neutrality for Collective Investment Vehicles», en: Vermeulen, H. (ed.): *The tax treatment of CIVs and REITs*, IBFD Publications, The Netherlands, 2013, pp. 22-25.

(36) LETIZIA, G.: «International tax issues in relation to cross border investment funds», *Inter-tax*, vol. 43, n° 8-9, 2015, pp. 526-530.

(37) La *International Fiscal Association* (IFA) había celebrado ya diversas reuniones sobre esta temática, identificando desde hace décadas problemas que preocupaban tanto a estudiosos como a profesionales. Buen exponente de ello son los Congresos de la IFA celebrados en Atenas (1962), Washington (1971) y New Delhi (1997). BROWN, P. A.: «Fifty (...)». Ob.cit. pp. 19-22.

(38) OECD, Report of the Informal Consultative Group on the Taxation of Collective Investment Vehicles and Procedures for tax relief for cross-border investors on the Granting of treaty benefits with respect to the income of Collective Investment Vehicles, 12 January 2009 (<https://www.oecd.org/tax/treaties/41974553.pdf>)

(39) OECD, Report of the Informal Consultative Group on the Taxation of Collective Investment Vehicles and Procedures for tax relief for cross-border investors on possible improvements to procedures for tax relief for cross-border investors, 12 January 2009 (<https://www.oecd.org/tax/treaties/41974569.pdf>)

El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE remitió las recomendaciones contenidas en dichos informes al Working party n° 1, encargado de las modificaciones del CM OCDE, que las asumió en su mayoría a través de una nueva versión del informe publicada el 9 de diciembre de 2009, que dio lugar a una consulta pública. El resultado final, una vez incorporados los comentarios recibidos, se reflejó en el Informe de la OCDE publicado el 31 de mayo de 2010 («the OECD Report») (40), que acarreó la consiguiente modificación de los Comentarios al artículo 1 en la versión del CM OCDE de 2010.

Conviene advertir que, con anterioridad a esta fecha, el CM OCDE no incluía ninguna referencia al tratamiento de los CIVS, ni en su articulado ni en los Comentarios a éste. Posteriormente, la OCDE ha continuado sus trabajos en este ámbito (41) y, en particular, aquellos relacionados con el segundo informe («the Procedures Report»). El desarrollo de estas actuaciones se encomendó al llamado «The Pilot Group on improving procedures for tax relief for cross-border investors» («the Pilot Group»), que ha elaborado hasta el momento numerosos Acuerdos modelo (42) sobre el tratamiento de los CIVs en relación con los CDI existentes.

En este contexto, si bien el Plan de Acción BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) liderado por la OCDE y el G-20 no aborda directamente la figura de los CIVs, no es menos cierto que sí puede tener, de modo indirecto, efectos potenciales sobre el tratamiento fiscal de éstos, a través de las Acciones 2 y 6. Con el objetivo de «Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos», la Acción 2 propone a los Estados miembros la adopción de una serie de medidas tanto en sus legislaciones internas como en su red convencional, entre las que se encuentra la cláusula sobre entidades transparentes (*treaty provision on transparent entities*) a incluir en el artículo 1.2 de sus convenios bilaterales. Esta disposición podría afectar a situaciones de inversión tranfronteriza, en las que normalmente se ven implicados los CIVs (43).

A fin de garantizar que los beneficios del tratado se conceden adecuadamente y, por el contrario, se deniegan cuando ninguno de los Estados parte considera la renta de una entidad (por ejemplo, un CIV) como rendimiento de sus residentes, la OCDE propone la adición de un apartado 2 en el artículo 1 de su Convenio Modelo, con la siguiente redacción: «For the purposes of this Convention, income derived by or through an entity or arrangement that is treated as wholly or partly fiscally transparent under the tax law of either Contracting State shall be considered to be income of a resident of a Contracting

(40) OECD, Report on the Granting of treaty benefits with respect to the income of Collective Investment Vehicles, 23 April 2010 (<https://www.oecd.org/tax/treaties/45359261.pdf>)

(41) Paralelamente, la OCDE se ha ocupado también, al hilo de la Acción 6 del Proyecto BEPS (Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances), de los Non-CIV Funds. Véanse, a este respecto: «Public Discussion Draft on Treaty Entitlement of Non-CIV Funds», 24 March, 2016 (<http://www.oecd.org/ctp/treaties/BEPS-consultation-treaty-entitlement-non-CIV-funds.pdf>); y los Comentarios formulados a dicho Borrador, de 22 de abril de 2016 (<http://www.oecd.org/ctp/treaties/public-comments-received-discussion-draft-treaty-entitlement-of-non-CIV-funds.pdf>)

(42) OECD: «Trace implementation package for the adoption of the Authorised intermediary System – a standardised system for effective withholding tax relief procedures for cross-border portfolio income» 23 January 2013 (http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/TRACE_Implementation_Package_Website.pdf). En este documento (pp.113 y ss) se ofrecen modelos de acuerdos mutuos sobre tratamiento de las IIC en relación con CDI ya vigentes.

Véase, también: JOHNSTON, N.: «Collective (...)». Ob.cit. p. 386.

(43) SCHERLEITNER, M.: «Thoughts on the potential effects of the OECD/G20 BEPS Action Plan on Collective Investment Vehicles – Part I», *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n° 10, 2016, pp. 604 y ss, en las que el autor efectúa un detenido análisis de las consecuencias derivadas de la implementación de dicha cláusula en los CDI, en relación con los CIVs.

State but only to the extent that the income is treated, for purposes of taxation by that State, as the income of a resident of that State».

Se trata de una disposición convencional dirigida al Estado de la fuente que, sin embargo, no es totalmente novedosa, pues se inspira en gran medida en el artículo 1.6 CM EEUU (44). De hecho, son numerosos los convenios estadounidenses que la incluyen en su clausulado. Por otra parte, con independencia de su naturaleza como regla de imputación o no (*attribution rule or non-attribution rule*), cuestión ésta ampliamente debatida en la doctrina internacional (45), lo cierto es que esta previsión ofrece protección convencional a los residentes inversores en un CIV transparente y que la misma también se aplica cuando el CIV se encuentra establecido en un tercer Estado (46), pues en ambos casos el efecto consiste en limitar la retención de acuerdo con lo señalado en el tratado. De ahí la importancia de que los Estados miembros incluyan en sus convenios bilaterales esta disposición (artículo 1.2 CM OCDE), recomendada por la Acción 2 del Plan BEPS, al objeto de mejorar el tratamiento de los CIVs en el ámbito de los CDI.

Idéntica reflexión cabe efectuar respecto de algunas de las medidas propuestas al hilo de la Acción 6 del Plan BEPS que, como es sabido, se dirige a «Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales». Nos referimos, en particular, a la cláusula de limitación de beneficios y a otras medidas anti-abuso específicas, cuya virtualidad sobre los CIVs dependerá, empero, de las circunstancias concurrentes, pues no siempre entrarán aquellos en el ámbito de aplicación de éstas (47).

Actualmente, en ausencia de un artículo del CM OCDE sobre los CIVs, la principal guía para determinar cuál ha de ser su tratamiento fiscal, se contiene en los párrafos 6.8 a 6.34 de los Comentarios al artículo 1 CM OCDE de 2014. El hecho de que ni el CM OCDE, ni la mayoría de los tratados bilaterales alberguen disposición específica alguna sobre este tema, motiva que la legitimidad de un CIV para invocar por sí mismo la aplicación de los beneficios del CDI deba superar un triple test, consistente en determinar: primero, si el CIV puede considerarse una «persona», a fin de entenderse incluido en el ámbito de aplicación del CDI; segundo, una vez cumplido el requisito anterior, si el CIV tiene la condición de «residente» en alguno de los Estados contratantes; y, tercero, previa concurrencia de los presupuestos anteriores, si el CIV puede ser considerado «beneficiario efectivo» en relación con la renta que percibe.

La aplicación de este «*three-tier test*» ha suscitado, como es lógico, problemas de toda índole, pese a las clarificaciones que ofrecen los vigentes Comentarios al CM OCDE, por lo que lejos de estar ante una temática cerrada, nos encontramos con nuevos interrogantes respecto a los cuales trataremos de aportar nuestra interpretación.

(44) KOLLMANN, J., RONCARATI, A. y STARINGER, C.: «Treaty entitlement for fiscally transparent entities: Article 1(2) of the OECD Model Convention», en: Lang, M. y otros (eds.): *Base Erosion and Profit Shifting*, Linde Verlag, 2016, pp. 10, 16, 19 y 21.

(45) Varios son los argumentos sostenidos por los autores que no la consideran una regla de imputación, entre ellos: que está formulada de manera demasiado neutral para determinar la atribución de renta a una concreta persona, o que la misma no persigue cambiar el modo en el que un Estado contratante imputa la renta según su Derecho interno. En este sentido: KOLLMANN, J., RONCARATI, A. y STARINGER, C.: «Treaty (...)». Ob.cit. p. 23; y, RUST, A.: «Article 1», en: Reimer, E. y Rust, A. (eds.): *Klaus Vogel on Double Tax Conventions*, 4ª edición, Kluwer Law International, 2015, párrafo 53.

(46) SCHERLEITNER, M.: «Thoughts (...)». Ob.cit. p. 609.

(47) Sobre este tema, véase el pormenorizado estudio de: SCHERLEITNER, M.: «Thoughts on the potential effects of the OECD/G20 BEPS Action Plan on Collective Investment Vehicles – Part II», en *Bulletin for International Taxation* vol. 71, nº 2, 2017, pp. 100 y ss.

2.2. Cuestiones problemáticas pendientes. Juicio crítico

La primera idea a destacar consiste en recordar que el objetivo de neutralidad fiscal perseguido puede alcanzarse, tanto posibilitando al CIV el acceso a los beneficios del CDI, como permitiendo al CIV en nombre de sus inversores —cuando aquél no reúna las tres condiciones requeridas—, invocar la aplicación de las disposiciones del tratado en cuestión. Ambas posibilidades presentan dificultades interpretativas (48), fruto de la ambigüedad normativa de la OCDE y de la diversa regulación de los ordenamientos nacionales, a cuyo estudio nos dedicamos seguidamente.

2.2.1. La superación del «three-tier test»: persona, residente y beneficiario efectivo

A efectos de la aplicación de los CDI, la OCDE define los CIVS como aquellos vehículos ampliamente participados, a través de los cuales se invierte de forma colectiva y diversificada, y que cuentan con una regulación protectora de sus partícipes en el Estado de su establecimiento (49). Por tanto, se excluyen de este régimen los denominados *hedger funds*, la inversión en bienes inmuebles (REITS (50)) y los *private equity funds*, que pueden operar de manera muy diferente.

El artículo 1 CM OCDE de 2014, relativo al ámbito de aplicación del tratado, establece que éste se proyectará sobre «las personas que sean residentes de uno o de los dos Estados contratantes». Dada la ausencia de un artículo específico sobre CIVS, a fin de poder beneficiarse de la aplicación del CDI, el CIV debe cumplir los tres requisitos reseñados en el párrafo 6.9 de los Comentarios al artículo 1 CM OCDE de 2014, a saber: ser considerado una «persona»; tener la condición de «residente» de al menos uno de los Estados parte; y, en relación con la aplicación de los artículos 10 y 11, ser el «beneficiario efectivo» de la renta que percibe.

La calificación como «persona» está directamente relacionada con la forma legal que adopte el CIV. El primer problema, pues, radica en que esta forma legal varía sustancialmente en función de los Estados y dependiendo del vehículo utilizado. No obstante, con carácter general, los CIVs pueden estructurarse jurídicamente como sociedad, como *trust*, o de manera contractual (fondos comunes de inversión gestionados por una sociedad de gestión).

El tratamiento fiscal de los CIVS que se estructuran como «companies» no presenta dificultad alguna, pues las sociedades/personas jurídicas se encuadran perfectamente en la categoría de «persona» a efectos de la aplicación del CDI. Es lo que sucede con las SICAV españolas (51), en la medida en que adoptan forma societaria y son consideradas

(48) ED, L. y BONGAARTS, P.: *General Report*. Ob.cit. p. 162, donde los autores denuncian que todos los informes nacionales ponen de relieve la imperfección del sistema, reclamando soluciones para la problemática que se genera tanto en la devolución de las retenciones practicadas, como en la solicitud de deducción de impuestos extranjeros.

(49) Párrafo 6.8 de los Comentarios al artículo 1 CM OCDE de 2014.

(50) La OCDE también ha centrado su atención en la inversión en propiedad inmobiliaria, a través del *Report on tax treaty issues related to REITs* (2008), cuyas consideraciones se incluyeron en la versión del CM OCDE de 2008 (<https://www.oecd.org/tax/treaties/39554788.pdf>)

(51) Nótese que las ventajas reconocidas a las SICAVs españolas, si concluyéramos que gozan de la protección de los CDI, serían notables: 1. Respecto a las rentas obtenidas por la SICAV y procedentes del otro Estado parte, la SICAV tributaría en el Estado de la fuente al tipo reducido previsto en el CDI para los dividendos o los intereses (artículos 10 y 11 CM OCDE), e incluso disfrutaría de las exenciones para las ganancias patrimoniales (artículo 13 CM OCDE); y, 2. Además,

sujetos pasivos del IS español. Mayores problemas pueden suscitarse respecto a los *trusts*, especialmente cuando son reconocidos como personas por el Derecho interno de un Estado contratante (52), pero no por el otro. En el terreno práctico, empero, ningún Estado ha denegado, por ejemplo, la aplicación de los beneficios de un CDI a fondos de inversión irlandeses (53) estructurados como *trusts*, escudándose exclusivamente en que un *unit trust* no constituye una «persona» a estos efectos.

Según lo dispuesto en el artículo 3.1.a) CM OCDE, el término «persona» se define como comprensivo de los individuos, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas («*any other body of persons*»). Por tanto, resulta razonable pensar que los «*non-corporate bodies*» estarían incluidos en la noción de «cualquier otra agrupación de personas», siendo irrelevante la forma legal que el CIV adopte (54).

Atendido el amplio significado que puede darse al término «persona», el criterio asumido por la OCDE estriba en considerar como tal a todo CIV que, de acuerdo con el Derecho interno del Estado en el que está establecido, tenga la consideración de «obligado tributario». La práctica revela, con todo, variados casos en los que no se satisface este presupuesto (ni el triple test), como ocurre con el CIV establecido en Austria bajo la denominación de *Fond Commun de Placement* (FCP) (55). Se trata de una fórmula de copropiedad, carente de personalidad jurídica distinta de la de sus miembros. De conformidad con el Derecho austríaco, el FCP no tiene la consideración de obligado tributario, pues los rendimientos distribuidos se gravan en sede de sus partícipes. Por tanto, quedaría excluido de la categoría de «persona» y, en definitiva, de la posibilidad de disfrutar los beneficios tributarios del CDI.

Así las cosas, en el caso de los *trusts*, bastaría con que el propio *trust* o los *trustees* fueran reconocidos por la normativa doméstica de su Estado de establecimiento como «obligados tributarios», para calificarlos como «personas» a efectos convencionales.

Es lo que sucede respecto a los Fondos de inversión españoles, en los que la expresa atribución a los mismos de la condición de sujetos pasivos por la Ley española del Impuesto sobre Sociedades (artículo 7.1.b), despeja cualquier duda en este sentido.

sería posible que la SICAV invocara la aplicación de las medidas para evitar la doble imposición alojadas en el CDI –salvo que en éste se estableciera lo contrario–, y ello aun cuando la legislación interna no permita a las SICAV la aplicación de medidas de este tipo contempladas en el ordenamiento interno.

(52) ARNOLD, B.: «Tax Treaty news», *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, n° 4, 2009, p. 136.

(53) LAWLESS, D. y MURRAY, S.: «Taxation of collective investment funds and availability of treaty benefits», *European Taxation Journal*, vol. 1, n° 2-3, 2011, p. 54. Como es sabido, Irlanda y Luxemburgo representan destinos muy atractivos para los CIVs con partícipes extranjeros, especialmente UCITS. De hecho, el 80% de los fondos irlandeses son UCITS participadas globalmente. También Suiza observa esta política mientras que, en el otro extremo, EEUU, junto con Francia y Alemania en menor medida, constituyen mercados en los que los CIVs establecidos están participados por inversores principalmente domésticos. La razón de ello estriba normalmente en el marco regulador de las participaciones, así como en las retenciones impuestas sobre los rendimientos distribuidos por el CIV a los inversores extranjeros. Fuera de la UE, Hong Kong y Singapur lideran los destinos de CIVs participados por inversores extranjeros.

(54) En esta línea, la idea clave residiría en su capacidad de actuar como ente independiente de sus miembros. Partiendo de que los CIVs operan en nombre de sus partícipes, pero con autonomía propia, cabría pues sostener su inclusión en el término «persona». DA SILVA, B.: «Granting tax treaty benefits to Collective Investment Vehicles: a review of the OECD Report and the 2010 amendments to the Model Tax Convention», *Intertax*, vol. 39, n° 4, 2011, p. 199.

(55) JOHNSTON, N.: «Collective (...)». Ob.cit. p. 384.

Pese a ello, para evitar posibles controversias, resulta recomendable que los Estados acuerden expresamente esta interpretación de forma bilateral, a través de la definición de «persona», al objeto de incluir a estos entes. Ésta es, por ejemplo, la práctica generalizada en los CDI entre EEUU y Canadá.

Sin duda, el aspecto que más problemática genera en la aplicación del *three-tier test*, es la condición de «residente» del CIV en uno de los Estados contratantes. Nótese que la concurrencia de este requisito sólo procede si, previamente, se ha acreditado que el CIV es una «persona» a los efectos del CDI. El *status* de «residente» nos obliga a atender de nuevo al Derecho interno del país de constitución. Ahora bien, a diferencia de la calificación como «persona», que depende de la forma legal en la que se estructure el CIV, la determinación de su residencia deriva del régimen fiscal que le confiera el Estado en el que está establecido.

Y ello porque, en líneas generales, los CDI suelen incluir alguna de estas dos cláusulas para atribuir la condición de «residente»: o bien el denominado «*tax residence test*», en virtud del cual se considera «residente» a efectos del tratado a cualquier persona que sea residente en el Estado de que se trate según el Derecho de ese Estado; o bien el «*liable to tax test*», que exige que se trate de una persona susceptible de ser gravada a la luz de la normativa de ese Estado («*any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein*»).

Como es obvio, el primer criterio resulta mucho más sencillo de satisfacer, por lo que en relación con los CDI que alojan esta cláusula los CIVS suelen tener acceso a los beneficios convencionales sin demasiadas dificultades. Sin embargo, los CDI comprensivos de la segunda cláusula plantean algunos interrogantes (56) en cuanto a la interpretación de la expresión «*liable to tax*» prevista en el artículo 4.1 CM OCDE.

En efecto, en estos supuestos el concepto de «residente» aparece ineludiblemente ligado al de «*liability to tax*», o lo que es igual, al tratamiento fiscal que cada Estado otorgue al CIV y que, a su vez, el otro Estado parte interprete como suficiente para cumplir con este requisito.

Un primer problema aparece cuando el Estado de establecimiento del CIV lo considere transparente, gravando los beneficios en sede de sus miembros. En este caso, es evidente que el CIV no es susceptible de ser gravado («*not liable to tax*»), lo que comporta que nunca podrá ser calificado de «residente» a fin de invocar la aplicación del CDI (57). Como puede apreciarse, en estos casos, aunque el CIV sea «persona» a efectos del CDI, el elemento determinante es el régimen o tratamiento fiscal que le otorga su Estado de establecimiento, de modo que esa «transparencia fiscal» por la que no se le sujeta a tributación, impide que pueda considerársele «residente» y, en suma, le priva del acceso a las ventajas del CDI (58).

(56) DE GRAAF, A. y PÖTGENS, F.: «Worrying interpretation of «liable to tax»: OECD clarification would be welcome», *Intertax*, vol. 39, n° 15, 2011, pp. 169-177.

(57) ARNOLD, B.: «Tax (...)». Ob.cit. p. 136; DA SILVA, B.: «Granting (...)». Ob.cit. p. 200; VERMEULEN, H.: «The implications of treaty application for a Netherlands closed fund for mutual account», *Bulletin for International Taxation*, vol. 66, n° 1, 2012, p. 49.

(58) Con todo, aunque en el plano teórico el tema sea aparentemente claro, en la realidad práctica la problemática es muy variada, pues los conceptos de «*tax liability*», e incluso de «*tax transparency*» difieren de un Estado a otro. Tomando como ejemplo las sociedades personalistas (*partnerships*), frecuentemente utilizadas como vehículos de inversión, se observa que algunas jurisdicciones no las consideran «personas» a efectos del IS, pero tampoco completamente transparentes en el contexto fiscal. Es decir, nos encontraríamos ante un tercer género, situado entre la transparencia total y la no transparencia, con arreglo al cual la transparencia sería parcial, repartiéndose

En cualquier caso, el problema hermenéutico más importante surge en aquellas situaciones en las que el CIV es, en principio, susceptible de ser gravado, pero no se le somete (total o parcialmente) a tributación efectiva por cualesquiera razones. La realidad práctica nos ofrece distintos supuestos, como por ejemplo aquellos CIVs en los que cierto tipo de rendimientos están exentos; aquellos otros a los que se les aplica una deducción, o un tipo de gravamen inferior (59); o incluso aquellos cuyos partícipes reciben un *credit tax* por el impuesto pagado por el propio CIV.

Tampoco los Comentarios del CM OCDE resuelven esta controversia. De hecho, se deja la puerta abierta a dos posibles soluciones, en función del planteamiento asumido por el Estado de que se trate en relación con este punto. La primera solución (60), a la que nos adherimos por considerar que es la que subyace al espíritu de la norma (61), señala que aquellos países que adopten la perspectiva del párrafo 8.6 de los Comentarios al artículo 4 CM OCDE (según la cual una «persona» puede ser considerada susceptible de ser gravada (*liable to tax*) aun cuando el Estado de su establecimiento no la sujete efectivamente a tributación), considerarán al CIV «residente» en todos los casos señalados anteriormente, incluso cuando medie una exención o un tipo cero, siempre y cuando los requisitos de la normativa interna para obtener dichos beneficios fiscales sean suficientemente estrictos.

En contraste, la segunda solución ofrecida por la OCDE (62) posibilita a los Estados que defiendan una postura alternativa (como es la reflejada en el párrafo 8.7 de los Comentarios al artículo 4 CM OCDE), a no reconocer la condición de «residente» respecto de los CIVs que no sean gravados real y efectivamente, por interpretar que no cumplen con el requisito de ser «*liable to tax*».

Un ejemplo de las diferentes respuestas que cabría dar a esta cuestión nos lo proporciona la SICAV luxemburguesa (63). Esta *Société d'investissement à capital variable* constituye una sociedad y, por tanto, es calificada como «persona» en los CDI. No obstante, conforme a la legislación de Luxemburgo, la SICAV está exenta fiscalmente. Pues bien, en la práctica, observamos claramente las inconsistencias que lleva aparejada la ausencia de una solución unívoca en este tema, pues mientras algunos Estados parte reconocen a la SICAV como «residente» y, por tanto, acreedora de los beneficios convencionales; otros Estados parte, por el contrario, le deniegan aquel *status* y, consiguientemente, la aplicación del CDI en su conjunto. La misma incertidumbre experimenta el tratamiento fiscal internacional de los fondos de inversión irlandeses (64), al socaire del criterio que el otro Estado parte sostenga en relación con este extremo.

Desde luego, la falta de claridad y directrices de la OCDE en este punto resulta criticable. Ahora bien, en nuestra opinión, pese a contemplar los dos posibles posiciona-

las obligaciones tributarias (*tax liability*) entre la entidad y sus miembros. Así sucede en el ordenamiento tributario francés, donde existe una aproximación intermedia respecto a la transparencia fiscal, que se designa con el nombre de *translucidity*. LE GALL, J. P.: «International tax problems of partnerships», General Report, en *Cahiers de Droit Fiscal International* vol. LXXXA, Kluwer Law International, 1995, pp. 657-665.

(59) En muchos casos, incluso, asistimos a supuestos de CIVs no transparentes que apenas tributan, o sin efectiva tributación. ED, L. y BONGAARTS, P.: *General Report*. Ob.cit. pp. 173 y 174.

(60) Párrafo 6.12 de los Comentarios al artículo 1 CM OCDE de 2014.

(61) Nótese que el artículo 4 CM OCDE no contiene una cláusula general de «sujeción a tributación» (a general «*subject to tax*» clause).

(62) Párrafo 6.13 de los Comentarios al artículo 1 CM OCDE de 2014.

(63) JOHNSTON, N.: «Collective (...)». Ob.cit. p. 384.

(64) LAWLESS, D. y MURRAY, S.: «Taxation (...)». Ob.cit. p. 55.

mientos por parte de los Estados soberanos, la OCDE parece inclinarse –dentro de su neutralidad– por considerar que «*liable to tax*» no equivale a «*subject to tax*», sino a la posibilidad o susceptibilidad de que el CIV sea gravado, aunque finalmente no lo sea de forma efectiva. Ésta es la postura propugnada por Estados como Canadá (65), y también por la que aboga la jurisprudencia internacional (66).

Un exponente de ello fue el Asunto *Green Emirate Shipping & Travels* (67), resuelto en 2006 por el Tribunal de Apelación de Bombay (India), que declaró que teniendo ambos Estados contratantes (India y Emiratos Árabes Unidos) el derecho a gravar, como Estado de la fuente y Estado de residencia, el hecho de que Emiratos Árabes no hiciera uso de esta potestad de gravamen no significaba que el tratado no era de aplicación. El argumento esgrimido por el Alto Tribunal se basó en que la «*liability to tax*» del artículo 4 del CDI abarca también situaciones de «*potential liability to tax*». Es decir, lo que algunos autores (68) han denominado, «*liable to be liable to pay tax*». Por tanto, el hecho de no pagar impuestos en su Estado de residencia, no privaba al sujeto en cuestión de la posibilidad de invocar los beneficios del tratado.

Esta interpretación fue confirmada al hilo del Asunto *Meera Bhatia v. ITO* (69), del que conoció el mismo Tribunal en 2009, también a la luz del CDI entre la India y los Emiratos Árabes Unidos de 1992. En apoyo de su razonamiento, el Tribunal se refirió a un caso resuelto por el Tribunal Supremo holandés el 15 de febrero de 2006 (70), en el que se confirmaba la decisión recaída en *Green Emirate Shipping & Travels*, al amparo esta vez del CDI suscrito en 1981 entre Grecia y los Países Bajos (modificado en 2006).

En favor de esta interpretación amplia, con arreglo a la cual la «*potential taxation*» sería suficiente, frente a la «*actual taxation*», se pronuncia igualmente la *Technical Explanation* al artículo 4.1 del CM EEUU (71).

Nótese, sin embargo, que la idea de «*potential liability to tax*» llevada al extremo en este marco resulta algo ilógica, pues implicaría la concesión de beneficios convencionales a «personas» sobre las que no existe riesgo de doble imposición. Como pone de relieve Wheeler (72), si se adopta la visión estricta de que la finalidad del CDI se limita a la eliminación de la doble imposición internacional, no parece muy razonable extender la protección del tratado a quienes sólo son, potencialmente, susceptibles de ser gravados («*liable to tax*»).

Se demuestra, pues, que lejos de estar zanjada, esta importante cuestión –que excede del contexto de los CIVs– suscita, todavía hoy, no pocas dudas en cuanto a su interpre-

(65) LAWLESS, D. y MURRAY, S.: «Taxation (...)». Ob.cit. p. 55.

(66) GALEA, R.: «The meaning of «*Liable to tax*» and the OECD Reports: their interaction and ambiguous interpretation», *Bulletin for International Taxation*, vol. 66, n° 6, 2012 [published on line 07 May 2012].

(67) *Income Tax Appellate Tribunal (ITAT)*, 30 November 2005, *ADIT v. Green Emirate Shipping & Travels* (2006) 286 ITR 60 (AT), Tax Treaty Case Law, IBFD.

(68) COUZIN, R.: «Corporate residence and International Taxation», International Bureau of Fiscal Documentation, 2002 (Online books IBFD), en su apartado 3.1.1.5.

(69) *Income Tax Appellate Tribunal (ITAT)*, 29 October 2009, *Meera Bhatia v. Income Tax Officer* (2010) ITA No. 1876/Mum/2006, Tax Treaty Case Law, IBFD.

(70) NL: CA, 15 February 2006, Decision Nos. 04/01184 and 04/01177, Tax Treaty Case Law, IBFD.

(71) Nos referimos a la *Technical Explanation* del CM EEUU de 2006, ya que hasta la fecha no se ha publicado ninguna *Technical Explanation* del nuevo CM EEUU de 17 de febrero de 2016.

(72) WHEELER, J.: «The Missing Keystone of Income Tax Treaties», *World Tax Journal*, vol. 3, n° 2, 2011.

tación y aplicación. Siendo ello así, a nuestro juicio, todos los Estados que no compartan la tesis mayoritaria, deberían necesariamente explicitarlo en el clausulado del CDI en cuestión, a riesgo de provocar conflictos con el otro Estado parte en caso contrario, por la inseguridad jurídica que esta indefinición conlleva para los CIVs afectados.

Por lo que concierne a las IIC españolas y, en particular, a las SICAV y a los Fondos de inversión mobiliaria, su reducida imposición –que no exención– no debería suscitar problemas en la práctica a estos efectos. Con todo, sería recomendable la previsión de cláusulas expresas en los CDI españoles que garantizaran el acceso a los mismos de las IIC españolas, así como que éstas se aseguraran de la posición del Estado en el que invierten acerca del acceso de las IIC a los CDI (73).

Una vez cumplidos los requisitos de «persona» y «residente», el tercer y último estadio del análisis consiste en comprobar, tal y como exige el parágrafo 6.9 de los Comentarios al artículo 1 CM OCDE, si el CIV es el «beneficiario efectivo» de los dividendos e intereses que percibe; esto es, si las rentas contempladas en los artículos 10 y 11 CM OCDE pueden considerarse «pagadas» al CIV. A nuestro juicio, más allá del acceso a los beneficios del CDI, este aspecto cobra en la actualidad una extraordinaria relevancia en términos de *tax transparency*.

Ya desde la doctrina (74) se había defendido que la calificación de un fondo de inversión como «beneficiario efectivo» debía basarse en las concretas circunstancias concurrentes y, en especial, en las estipulaciones previstas respecto a la relación entre el fondo y los inversores. Una minoría de Estados, sin embargo, abogaba por la no consideración de los CIVs como «beneficiarios efectivos», esgrimiendo el argumento de que al estar normalmente exentos o gravados de manera reducida, permitirles el acceso a los beneficios del CDI propiciaría situaciones de *treaty shopping*.

El criterio establecido por la OCDE, en este caso de forma diáfana (75), supone reconocer la condición de «beneficiario efectivo» a todo ente en el que concurran los elementos de la definición de CIV (76) enunciada en el parágrafo 6.8 de los Comentarios al artículo 1, siempre y cuando el gestor del mismo disponga de amplios poderes para gestionar los activos generadores de dichos rendimientos. La condición de «beneficiario efectivo» aparece basada, en consecuencia, en el control económico, atendida la pluralidad de inversores y la diversificación de la inversión.

La solución de la OCDE combina los dos elementos (77) presentes en la polémica hasta entonces, pues aunque parezca que el criterio adoptado se haya diseñado principalmente para luchar contra supuestos de elusión y evasión fiscal, no es menos cierto que en los párrafos siguientes, la propia OCDE matiza que el término «beneficiario efectivo» debe interpretarse también en sentido técnico.

(73) MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «Instituciones de inversión colectiva: aspectos de fiscalidad internacional de las SIMCAVS españolas», en: Rodríguez Ondarza, J. A. y Fernández Prieto, A. (Dirs.): *Fiscalidad y planificación fiscal internacional*, Instituto de Estudios Económicos, 2003, p. 317.

(74) VIITALA, T.: *Taxation of Investment Funds in the European Union*, Doctoral series nº 8, International Bureau of Fiscal Documentation, 2005, pp. 92-95.

(75) Pese a ello, la problemática persiste en algunos aspectos, como ha puesto de relieve: CHEW, V. T.: «The application of tax treaties to Collective Investment Vehicles: beneficial owner requirement explained?», en *Derivatives & Financial Instruments* vol.17, nº 6, 2015.

(76) Conforme al parágrafo 6.8 de los Comentarios al artículo 1 CM OCDE, «the term CIV is limited to funds that are widely-held, hold a diversified portfolio of securities and are subject to investor-protection regulation in the country in which they are established».

(77) FIBBE, G. K.: «Changes (...)». Ob.cit. p. 143.

Concluyendo, la falta de certeza acerca del acceso o no a los beneficios del CDI representa un problema grave para los CIVs y, por extensión, para sus partícipes e intermediarios. La necesidad de clarificar al máximo esta cuestión ha sido apuntada por la OCDE que, tras reconocer que los Comentarios al CM OCDE sobre esta materia únicamente aportan directrices generales, anima a las autoridades tributarias competentes a alcanzar acuerdos (78) en los que se clarifique el tratamiento fiscal aplicable a algunos tipos de CIVs en sus respectivos Estados. A este respecto, se sugiere incluso utilizar el cauce del intercambio de notas, a fin de hacer pública la postura adoptada por cada Estado en esta sede, proponiéndose una posible redacción de una hipotética cláusula (79) sobre CIVs susceptible de englobarse en el CDI de que se trate.

De lo contrario, CIVS establecidos en distintos países pero que funcionan de modo equivalente desde la perspectiva económica, seguirán recibiendo un trato dispar en términos de acceso a los beneficios del CDI, debido a las diferencias existentes en cuanto a la forma legal y al régimen fiscal que aplica cada uno de los Estados.

2.2.2. La aplicación indirecta del CDI: problemas administrativos

Llegados a este punto, procede plantearnos qué sucede cuando el CIV no reúne alguna/s de las condiciones exigidas en el *three-tier test*, motivo por el cual se le deniega la posibilidad de invocar los beneficios del CDI por sí mismo.

El respeto al principio de neutralidad fiscal requiere arbitrar soluciones que posibiliten a los inversores obtener el mismo trato fiscal que se les hubiera otorgado en la hipótesis de invertir directamente, y no a través del CIV. A la consecución de este objetivo se dedican los apartados 6.28 a 6.34 de los Comentarios al artículo 1 CM OCDE.

Se trata de los supuestos en los que los Estados contratantes acuerdan que el CIV no está legitimado para disfrutar de la aplicación del CDI, en su propio nombre, sin perjuicio de poder hacerlo como «agente» o, en nombre de, sus inversores. Como es evidente, esta posibilidad debe regularse pormenorizadamente, tanto a efectos de superar las numerosas dificultades administrativas que en la práctica pueden generarse, cuanto para evitar posibles conductas inadecuadas o incluso abusos del CDI.

En este ámbito, la OCDE propone a los Estados parte la adopción de una cláusula (80), en virtud de la cual se legitime al CIV a solicitar, en representación de sus partícipes, las deducciones, exenciones y demás ventajas fiscales, de las que hubieran podido disfrutar dichos inversores si, en lugar de canalizar su inversión a través del CIV, hubieran invertido de forma directa. Se prevé, no obstante, la cautela de que ningún CIV podrá invocar los beneficios del tratado en nombre de los partícipes que hayan reclamado, a título individual, el disfrute de los mismos respecto de los rendimientos que han percibido a través del CIV.

Cabe advertir que esta previsión limita su alcance a las solicitudes del CIV en relación con los inversores que residen en el mismo Estado en el que el CIV está establecido. Sin embargo, la OCDE contempla también la posibilidad de que los Estados puedan pactar hacer extensible esta posibilidad respecto de los inversores residentes en terceros

(78) Parágrafo 6.16 de los Comentarios al artículo 1 CM OCDE.

(79) Parágrafo 6.17 de los Comentarios al artículo 1 CM OCDE.

(80) Parágrafo 6.28 de los Comentarios al artículo 1 CM OCDE.

Estados (81), así como, por ejemplo, acordar que la solicitud de aplicación del CDI pueda realizarse únicamente por determinados tipos de CIVs, detallándolo de forma expresa en el CDI en cuestión.

Esta actuación exige, como es lógico, determinar el porcentaje de partícipes que tienen derecho a los beneficios del CDI, lo cual plantea serias dificultades prácticas, en el caso de CIVs cuyos partícipes son extranjeros/no residentes. La OCDE establece algunas directrices a fin de recabar esta información, sugiriendo que la actualización se realice de manera periódica, bien al final de cada ejercicio, bien de cada cuatrimestre.

Desde la óptica administrativa, huelga afirmar que esta opción es preferible a la alternativa de que los inversores puedan reclamar por sí mismos los beneficios que les corresponden según el CDI; toda vez que siendo una pluralidad de partícipes, probablemente residentes en distintos países y con frecuente disposición de los valores, ello se traduciría en un número de solicitudes elevado y de notable complejidad, incrementando innecesariamente la carga de trabajo de las autoridades tributarias.

2.3. Previsiones de los CDI españoles sobre la tributación de las Instituciones de Inversión Colectiva

De acuerdo con lo señalado por la OCDE, que recomienda a los Estados contratantes la inclusión de disposiciones específicas atinentes a las IIC en sus tratados bilaterales, cabe señalar que algunos países, especialmente en el contexto del *Common Law*, han actualizado sus CDI para incorporar dichas previsiones. Destaca, en esta dirección, el caso de los Países Bajos (82), que tras la reforma del CM OCDE en 2010, alcanzó acuerdos con las autoridades competentes de Reino Unido, Canadá y Dinamarca respecto a los beneficios convencionales aplicables a fondos holandeses que invertían en estos países.

También Suiza (83) ha suscrito, recientemente, numerosos acuerdos mutuos en esta materia, entre los que cabe resaltar el firmado con el Reino Unido. En el contexto de los denominados «BRICS» (Brasil, Rusia, India y China), sólo China cuenta con una cláusula específica relativa a los CIVs en su CDI con el Reino Unido. Este dato llama la atención, sobre todo teniendo en cuenta el gran volumen de inversión que en estos países se canaliza a través de CIVs y REITs.

Con idéntico objetivo, pero a través de su normativa interna, Italia ha definido con claridad los criterios de residencia en relación con las IIC constituidas en su territorio (84). Según el Decreto legislativo 44/2014, de 4 de marzo, las IIC constituidas al amparo de la legislación italiana, se considerarán 'personas' a efectos del Impuesto sobre sociedades, cualquiera que sea su sede de dirección efectiva y el Estado de establecimiento del gestor del fondo de inversión. A ello se añade, además, la declaración expresa de que los CIVs así constituidos tendrán acceso a las ventajas fiscales de los CDI firmados por el Estado italiano.

(81) Véanse los ejemplos prácticos tanto de la «*bilateral variant*» (para partícipes residentes en el Estado de establecimiento del CIV), como de la «*third country variant*» (para partícipes residentes en terceros Estados), a los que alude: VERMEULEN, H.: «The implications (...)». Ob.cit. p. 50.

(82) VERMEULEN, H.: «The implications (...)». Ob.cit. p.4 7.

(83) SCHELLING, C.: «Swiss tax treaty policy», *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, n° 4-5, 2015, p. 217.

(84) ARGINELLI, P. y AVELLA, F.: «News and clarifications on the tax residence of Collective Investment Vehicles and on the Corporate Tax Exposure for European Investment Fund Managers», *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 16, n° 6, 2014, pp. 266 y 271-272.

Centrándonos en la práctica convencional española, lo cierto es que la atención prestada a las IIC ha sido muy escasa, limitándose a albergar disposiciones genéricas, salvo contadas excepciones. A imagen y semejanza del CM OCDE, todos los CDI españoles contienen un artículo 1, relativo al ámbito subjetivo de aplicación del tratado que, bajo la rúbrica «personas comprendidas» o «ámbito personal», reproduce literalmente el tenor de su homólogo en el CM OCDE: «El presente Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes».

Igualmente, denominador común a todos los CDI españoles es la definición de «persona» recogida en el artículo 3, según la cual «el término ‘persona’ comprende las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas». El *dictum* del artículo 4 de la totalidad de CDI españoles se alinea, asimismo, con lo dispuesto en el CM OCDE. La cuestión reside, por tanto, en determinar cuándo puede considerarse que una IIC es una «persona», a la vez que «residente» (y «beneficiaria efectiva»), a los efectos de la aplicación de las ventajas fiscales convencionales.

El análisis de la amplia red de CDI suscritos por España, nos permite distinguir tres categorías de tratados en función de su mayor o menor regulación de las IIC.

El primer grupo estaría formado por los CDI españoles firmados con anterioridad a 2010, fecha de actualización del CM OCDE y consiguiente inclusión de los Comentarios al artículo 1 relativos a las IIC. Lógicamente, ninguno de estos tratados aloja, ni en su clausulado, ni en su Protocolo de entendimiento, disposición alguna referente al tratamiento tributario de estos entes ni, en particular, a su posible disfrute de los beneficios del tratado. Esta circunstancia resulta llamativa, pues pone de relieve el desinterés del Estado español por concretar la regulación fiscal de estos entes en el plano internacional, lo cual no necesariamente exige, como ya señaló la OCDE, la renegociación del CDI en cuestión, sino la adición de un Protocolo interpretativo, o incluso un mero intercambio de cartas sobre este tema entre los Estados parte.

Teniendo en cuenta, además, que se trata del grupo de CDI españoles más numeroso (85), atendido el número de años que comprende y la activa suscripción de tratados por el Gobierno español en tal período, es de lamentar que no se haya adoptado iniciativa alguna tendiente a revisar la posición de las IIC a la luz de los posteriores Comentarios al CM OCDE.

Entre el primer y el segundo grupo de CDI —que seguidamente abordaremos—, se sitúa un conjunto de tratados bilaterales más recientes (86) (en su mayoría posteriores a

(85) De hecho, el número de CDI españoles anteriores a 2010 en los que no se contiene ninguna referencia a las IIC asciende a 50. A continuación se enumeran concretamente, indicando entre paréntesis su fecha de publicación en el BOE: Arabia Saudí (2008), Argelia (2005), Australia (1992), Austria (1968), Bélgica (2003), Bolivia (1998), Brasil (1975), Bulgaria (1991), Chequia y Eslovaquia (1981), China (1992), Colombia (2008), Croacia (2005), Cuba (2001), Ecuador (1993), Egipto (2006), Emiratos Árabes Unidos (2007), Eslovenia (2002), Estonia (2005), Finlandia (1968), Grecia (2002), Hungría (1987), India (1995), Indonesia (2000), Irán (2006), Irlanda (1994), Islandia (2002), Israel (2001), Italia (1980), Japón (1974), Letonia (2005), Lituania (2004), Macedonia (2006), Malasia (2008), Malta (2006), Marruecos (1985), México (1994), Noruega (2001), Nueva Zelanda (2006), Polonia (1982), Portugal (1995), Rumanía (1980), Federación Rusa (2000), El Salvador (2009), Sudáfrica (2008), Suecia (1977), Tailandia (1998), Túnez (1987), Venezuela (2004) y Vietnam (2006).

(86) Se engloban en esta categoría los siguientes CDI españoles: Andorra (2015), Argentina (2013), Armenia (2012), Bosnia (2010), Georgia (2011), Jamaica (2009), Kazajistán (2011), Kuwait (2013), Moldavia (2009), Nigeria (2009), Omán (2015), Pakistán (2011), Panamá (2011), Senegal (2014), Serbia (2010), Suiza (2007) y Trinidad y Tobago (2009).

2010) en los que se incluye una cláusula genérica, vía Protocolo interpretativo, relativa al derecho a acogerse a los beneficios del CDI. De conformidad con ella, «se entenderá que los beneficios de este Convenio no se otorgarán a una persona que no sea la beneficiaria efectiva de las rentas procedentes del otro Estado contratante». Sin duda, tales CDI son deudores del Informe de la OCDE de 2011 sobre la interpretación de la expresión «beneficiario efectivo» (87) que, aunque no se refiera específicamente a las IIC, es bienvenida en el texto del convenio por cuanto refuerza la necesaria presencia de este presupuesto a fin de que las IIC puedan invocar legítimamente la aplicación del CDI.

Por lo que respecta al segundo grupo de CDI españoles, cabe afirmar que estamos ante los únicos tratados en los que se contiene alguna alusión directa a las IIC, ya sea en el terreno de las definiciones, ya en la previsión de acuerdos mutuos para determinar su acceso a los beneficios del CDI, etc. El dato reseñable, no obstante, es que se trata de un grupo de CDI muy reducido y que apenas si recogen, a excepción del de Francia, previsiones pormenorizadas sobre las cuestiones más problemáticas, como hubiera sido deseable, siguiendo la recomendación de la OCDE.

En el campo de las definiciones y del ámbito de aplicación del tratado, pueden destacarse los CDI españoles suscritos con Chile (2004), EEUU (1990), Corea del Sur (1994), Filipinas (1997), Luxemburgo (1987), Reino Unido (2014), Turquía (2004) y Uruguay (2011). Los CDI chileno (88) y luxemburgués (89) se limitan a delimitar negativamente, a través de su Protocolo, su ámbito de aplicación; mientras que los CDI con EEUU (90)

(87) OECD: Clarification of the meaning of «beneficial owner» in the OECD Model Tax Convention (2011) <http://www.oecd.org/tax/treaties/47643872.pdf>

(88) Según el apartado I de su Protocolo, «el presente Convenio no se aplica a los «Fondos de inversión de Capital Extranjero» regulados en la Ley nº 18.657 chilena o cualquier otra legislación sustancialmente similar dictada en Chile después de la firma de este Convenio. La tributación de las distribuciones y remesas de dichos Fondos se regirá por las disposiciones de la mencionada legislación».

(89) El apartado 1 del Protocolo al CDI hispano-chileno señala que «el presente Convenio no se aplica a las Sociedades *holding*, definidas en la legislación especial luxemburguesa (...). No se aplica tampoco a las rentas que un residente de España obtenga de acciones u otros títulos de sociedades similares, ni al patrimonio representado por acciones u otros títulos de participación en el capital de tales sociedades que esta persona posea».

(90) Además el CDI entre EEUU y España contiene, en el apartado 7 de su Protocolo, las siguientes previsiones: «7. En relación con el artículo 10 (Dividendos): b) El subapartado a) del apartado 2 no se aplicará a las rentas, distribuidas o no, que sean imputables a los accionistas de las sociedades y Entidades españolas a que se refiere el artículo 12.2 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, y el artículo 19 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, o la normativa que las sustituya, en tanto dichas rentas no estén sometidas al Impuesto sobre Sociedades español. c) El subapartado a) del apartado 2 no se aplicará cuando se trate de dividendos pagados por una institución española de inversión que esté sometida a imposición en España con arreglo al artículo 34 o al artículo 35 de la Ley 46, de 26 de diciembre de 1984, o a las disposiciones que los sustituyan. Dichos dividendos se someterán a imposición en España al tipo impositivo que establece el subapartado b) del apartado 2.

d) El subapartado a) del apartado 2 no se aplicará cuando se trate de dividendos pagados por una Sociedad Regulada de Inversión (*Regulated Investment Company*) o una Fiducia de Inversión en Bienes Inmuebles (*Real Estate Investment Trust*) de los Estados Unidos. En el caso de los dividendos de una Sociedad Regulada de Inversión será aplicable el subapartado b) del apartado 2. Cuando se trate de dividendos de una Fiducia de Inversión en Bienes Inmuebles el subapartado b) del apartado 2 se aplicará si el beneficiario efectivo de los dividendos es una persona física que detente una participación inferior al 25 por 100 en la Fiducia de Inversión en Bienes Inmuebles; en otro caso, será aplicable el tipo impositivo previsto en la legislación interna».

Una disposición similar a la reseñada en el apartado 7.c) del Protocolo al CDI entre España y EEUU, se aloja en el apartado 1.b) del Protocolo del CDI entre España y Corea del Sur.

y Filipinas comprenden una definición más amplia del término «persona». El Protocolo del CDI con EEUU dispone, en su apartado 4, que la expresión «cualquier otra agrupación de personas» abarca las herencias yacentes, las fiducias/fideicomisos (*trusts*) y las sociedades de personas (*partnerships*) (91). En términos similares se pronuncian los Estados contratantes en el artículo 3.1.e) del CDI entre España y Filipinas.

Conviene recordar en este punto, la controversia suscitada en el pasado respecto a las IIC luxemburguesas, motivada por una desacertada interpretación del apartado 1 del Protocolo anexo al CDI entre España y Luxemburgo, por parte de la DGT. En efecto, según la cláusula citada: «El presente Convenio no se aplica a las sociedades *holding* definidas en la legislación especial luxemburguesa contenida actualmente en la Ley de fecha 31 de julio de 1929 y el Decreto granducal de fecha 17 de diciembre de 1938 (que desarrolla el artículo 1º.7.b, apartados 1 y 2 de la Ley de 27 de diciembre de 1937). No se aplica tampoco a las rentas que un residente de España obtenga de acciones u otros títulos de sociedades similares, ni al patrimonio representado por acciones u otros títulos de participación en el capital de tales sociedades que esta persona posea».

A pesar de que de la literalidad de la norma no se desprende limitación alguna para las IIC españolas o luxemburguesas que adopten forma societaria, la DGT entendió respecto a estas últimas, en su Resolución de 4 de noviembre de 1998, que quedaban excluidas de la aplicación del CDI las IIC luxemburguesas acogidas a la Ley de 20 de marzo de 1988, en tanto se beneficiaran del régimen fiscal en vigor.

Tal interpretación, criticable por su carácter desafortunado y por su unilateralidad (puesto que se dictó sin consultar con la autoridad competente de Luxemburgo), fue corregida posteriormente por la propia DGT, a través de contestaciones a distintas consultas (19 de mayo, 7 de junio y 26 de junio de 2000), a resultas del procedimiento amistoso concluido entre ambos países sobre la interpretación de la citada disposición, en el que se clarificó que la misma no resultaba de aplicación a las rentas derivadas de IIC luxemburguesas autorizadas por la autoridad competente de cada Estado, y que sean comercializadas en el otro Estado previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la Directiva UCITS.

En cuanto a las IIC españolas y a las rentas de las IIC luxemburguesas derivadas de fuente española, no parece que exista obstáculo alguno de acceso al CDI, pues el tratado no lo impide y tampoco la DGT ha denegado hasta la fecha los beneficios del CDI a los socios o partícipes residentes en Luxemburgo de una IIC residente en España, ni a una IIC luxemburguesa (92) que obtiene rentas de fuente española.

(91) De hecho, en el «*CIVs Report*» de la OCDE de 2009 se incluyó a la sociedad limitada (*limited partnership*) como una de las formas legales posibles que podía adoptar un CIV, pero esta referencia fue suprimida posteriormente en el «*CFA Report*», por lo que no aparece tampoco en los Comentarios. Pese a ello, resulta evidente que un CIV puede articularse también a través de una sociedad de personas. DA SILVA, B.: «Granting (...)». Ob.cit. p. 198.

(92) Tampoco se pronuncia la DGT en torno al acceso al CDI por parte de las SICAVs luxemburguesas, en particular. Como afirmó Martín Jiménez, aunque podría argumentarse que tal sociedad no es residente en Luxemburgo a los efectos del CDI, al estar sólo sujeta al Impuesto sobre el patrimonio y no al Impuesto sobre sociedades; resulta obvio que tal razonamiento es incorrecto, toda vez que los CDI no exigen la sujeción y gravamen efectivo de una entidad, como ya señalamos, para que ésta pueda beneficiarse del tratado. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «Instituciones de inversión colectiva: aspectos de fiscalidad internacional de las SIMCAVS españolas», en: Rodríguez Ondarza, J.A. y Fernández Prieto, A. (Dirs.): *Fiscalidad y planificación fiscal internacional*, Instituto de Estudios Económicos, 2003, p. 313.

Por su parte, los CDI firmados con Reino Unido (93) y Turquía (94), respectivamente, clarifican de modo expreso el significado del término «dividendos», aludiendo a algunos tipos de IIC. Dos son las previsiones que sobre las IIC comprende el CDI con Uruguay (95): la primera se dirige a definir qué debe entenderse por «institución de inversión colectiva» a los efectos del CDI; y la segunda alude expresamente a estos entes, al regular el mecanismo de intercambio de información previo requerimiento, precisando que vendrán obligados a prestar, entre otros datos, la información relativa a sus participaciones y acciones.

En esta misma línea se encuadra el CDI hispano-francés (1997), que en el apartado 3 de su Protocolo, establece que: «el término «residente de un Estado contratante» designa: (...); b) En el caso de Francia, las sociedades de personas y las otras agrupaciones de personas sometidas por la legislación interna francesa a un régimen fiscal análogo al de las sociedades de personas, que tengan su sede en Francia y no estén allí sometidas al Impuesto sobre sociedades, y en que cada miembro esté personalmente sometido al impuesto en Francia en la parte de los beneficios que le correspondan en aplicación de la legislación interna francesa».

En relación con la interpretación del término «residente», condición que debe necesariamente concurrir en la IIC para poder beneficiarse de la aplicación del CDI, se pronuncia asimismo el CDI entre España y Alemania (2012), en cuyo apartado XI, 3 del Protocolo, relativo a las normas procedimentales sobre la imposición en la fuente, se prevé que: «a los efectos del artículo 4, toda persona en posesión de un certificado de residencia a los fines del presente Convenio, emitido por la autoridad competente de un Estado contratante, tendrá derecho a optar a los beneficios del presente Convenio. Esta disposición se aplica igualmente a las Sociedades colectivas (constituidas conforme a la legislación española) cuando los socios no sean residentes de Alemania. Si entre los socios hubiera residentes alemanes, la Sociedad colectiva podrá aplicar el Convenio únicamente a la renta que no se considere atribuible al residente alemán».

El CDI hispano-alemán constituye también un exponente del recurso al mutuo acuerdo entre los Estados parte en esta materia, al establecer el apartado I de su Protocolo que: «cuando una Institución de Inversión Colectiva no pueda considerarse residente en virtud del artículo 4, ambas autoridades competentes podrán adoptar de mutuo acuerdo los requisitos necesarios para optar a los beneficios del presente Convenio». Similar previsión acoge el apartado I del Protocolo al CDI entre España y los Países Bajos (1972),

(93) «III. En relación con el subapartado a) (ii) del apartado 2 del artículo 10 (Dividendos):

Se entenderá que la expresión «instrumento de inversión» significa:

(i) en España, toda entidad regulada mediante la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario;

(ii) En el Reino Unido, una entidad cotizada de inversión inmobiliaria, definida de acuerdo con la Parte 12 de la *Corporation Tax Act* (Ley del Impuesto sobre Sociedades) de 2010 y los fondos de inversión inmobiliaria estructurados como sociedades de inversión de capital variable (*Property authorised investment fund*) tal como se definen en la Parte 4A del Reglamento (Tributario) de los *Authorised Investment Funds* 2006 (SI 2006/964)».

(94) Conforme al apartado 2 del Protocolo, «con referencia al artículo 10, apartado 3: se entenderá que, en el caso de Turquía, el término 'dividendos' incluye las rentas procedentes de un fondo de inversiones y de un 'trust' de inversiones».

(95) El apartado III del Protocolo al CDI entre España y Uruguay dispone, en relación con su artículo 25, que: «A. c) La expresión 'institución de inversión colectiva' significa cualquier vehículo de inversión colectiva, independientemente de su forma jurídica». Adicionalmente, en su apartado B, relativo al intercambio de información previo requerimiento, se señala, en el subapartado 5, que «ambos Estados contratantes se prestarán la información relativa, entre otras, a participaciones, acciones y otras unidades de las IIC».

en cuanto al entendimiento amistoso que han de poner en práctica los Estados contrarientes en situaciones conflictivas en las que puede encontrarse una IIC. En este sentido, se señala que «cuando en uno de los Estados la renta de un grupo de personas, tales como una sociedad de personas o una herencia indivisa, se considera como renta de la entidad, mientras que en el otro Estado tal renta se considera como renta de las personas que participan en el grupo, las autoridades competentes de los Estados resolverán las dificultades de común acuerdo».

Dentro todavía de este segundo grupo de CDI, cabe reseñar la previsión general de observancia de los Comentarios al CM OCDE que albergan los CDI suscritos con Albania (2011) y Bosnia (2010), respectivamente. Tomando como ejemplo el tenor literal del apartado I del Protocolo al CDI entre España y Albania, «se entenderá que aquellas disposiciones del Convenio que estén redactadas siguiendo las disposiciones equiparables del Convenio Modelo de la OCDE sobre la renta y el patrimonio, se interpretarán conforme a los Comentarios de la OCDE sobre las mismas. Los Comentarios, con las revisiones que puedan efectuarse cuando corresponda, constituyen un método de interpretación en el sentido de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados».

De esta remisión expresa a los Comentarios al CM OCDE puede inferirse, a nuestro parecer, la asunción de todas las previsiones relativas a las IIC incorporadas en la versión del CM OCDE de 2010. Ahora bien, a pesar de la valoración positiva que nos merece este extremo, resultaría mucho más clarificador incluir explícitamente dichas previsiones en el seno del CDI, ya sea mediante un Protocolo al mismo, o a través de un canje de notas, tal y como sucede en el CDI entre España y Francia.

En efecto, el hito más destacable en cuanto a la regulación específica de las IIC a nivel convencional, lo constituye el Intercambio de cartas de 1 de marzo y 22 de abril de 2005 (publicado en el BOE de 6 de agosto de 2009), anejo al CDI entre España y Francia. Aun cuando se trata de un documento anterior al CM OCDE de 2010, su contenido responde perfectamente al espíritu de las recomendaciones de los Informes de la OCDE sobre IIC, publicados en 2009. El citado Intercambio de cartas contiene la regulación de la posición y tratamiento tributario de las IIC en el seno del CDI hispano-francés, pactado de mutuo acuerdo entre los Estados parte. En su seno se regulan detalladamente los procedimientos a seguir, según los supuestos, así como la documentación a aportar en cada caso. Por todas estas razones, dicho intercambio de cartas puede considerarse un modelo paradigmático a observar en las negociaciones con otros países en lo que a la regulación de las IIC concierne.

El tercer y último grupo de CDI españoles a estos efectos, viene constituido por los celebrados con posterioridad a 2010 que, sin embargo, no alojan ninguna previsión específica sobre IIC. Al otorgar identidad propia a este grupo, queremos subrayar, de nuevo, la falta de voluntad política de los Estados, en cuanto a la observancia de las sugerencias y recomendaciones de la OCDE en esta materia. A nuestro juicio, esta actitud podría encontrar explicación, no obstante, en el hecho de que prácticamente la totalidad de estos CDI se han firmado con Estados que no son miembros de la OCDE, en particular: Barbados (2011), Hong Kong (2012), Chipre (2014), Costa Rica (2011), Singapur (2012), Uzbekistán (2015) y República Dominicana (2014). En el caso de Costa Rica, además, cabe recordar que el CDI se firmó en 2004 (con arreglo, por tanto, al CM OCDE vigente en aquel momento, que no preveía apenas nada sobre IIC), sin perjuicio de que se publicara oficialmente en 2011.

Excepción a todo ello representa el CDI entre España y Canadá, concluido en 1981, pero al que se adicionó en 2015 un completo Protocolo que, nuevamente, carece de cualquier disposición relativa a las IIC. Siendo miembro de la OCDE y, atendido el carácter tan reciente del Protocolo, creemos que se ha vuelto a desaprovechar una magnífica

oportunidad para regular el trato fiscal que debe conferirse a estas instituciones a la luz del CDI.

Desde nuestro punto de vista, la escasa regulación del Estado español sobre el tratamiento de las IIC a través de los CDI deviene, cuanto menos, llamativa, y contrasta ampliamente con la declaración contenida en la Exposición de motivos de la Ley española de IIC, que califica a este sector como acreedor «de atención prioritaria para la política financiera española».

3. CONCLUSIÓN

El tratamiento tributario de las IIC en el ámbito europeo e internacional constituye un tema abierto y no exento de problemas en la actualidad. Por lo que respecta al marco de la UE, el estudio realizado pone de manifiesto la necesidad de avanzar en la senda de la armonización fiscal, ya explorada en lo que al resto de aspectos jurídicos de las IIC se refiere, para lo que las sentencias dictadas por el TJUE en esta sede resultan de suma importancia.

En el plano de los CDI, cabe valorar positivamente los esfuerzos desarrollados por la OCDE a fin de procurar directrices de actuación a los Estados en esta materia. Nótese, además, que las previsiones de los Comentarios al artículo 1 CM OCDE de 2014 no se circunscriben sólo a los nuevos CDI que se estén negociando, sino que pueden proyectarse también sobre tratados ya en vigor, bien a través de su renegociación, bien de la adición de un protocolo de interpretación, o bien incluso de un acuerdo separado entre los Estados signatarios.

Sin embargo, aunque los Comentarios al CM OCDE representan una valiosa guía interpretativa, perviven todavía numerosos problemas hermenéuticos y aplicativos en relación con el acceso de las IIC a los beneficios convencionales. La razón de ello estriba en la posición neutral que adopta la OCDE en cuanto a la aplicación del *three-tier test*, mediante la previsión de distintas alternativas susceptibles de ser observadas por los Estados contratantes. Como consecuencia de ello, no siempre se ofrece una solución unívoca que resuelva las múltiples dificultades prácticas existentes.

Respetuosa con la soberanía de los Estados parte, la OCDE se limita a recomendar, de otra parte, la inclusión en el seno del tratado bilateral de una cláusula relativa a las IIC, que determine su posición y tratamiento fiscal, a efectos de asegurar la deseable seguridad jurídica. Si descendemos al terreno práctico, empero, se aprecia un desinterés generalizado por parte de los Estados, que solo de manera minoritaria prevén disposiciones sobre las IIC en sus CDI. Buena prueba de ello son los CDI suscritos por España, en los que prácticamente no se contienen regulaciones al respecto, a excepción del firmado con Francia. Nótese que ello plantea problemas no solo a las IIC españolas, sino también a las IIC extranjeras que invierten en España y cuya situación específica no se contempla en la mayoría de los CDI españoles, lo que propicia tanto supuestos de posible abuso (*treaty shopping* a través de IIC de tipo cerrado que tengan acceso al CDI), como de injustificada denegación de beneficios fiscales a IIC con actividad económica real.

Concluyendo, la ausencia de una interpretación incontrovertida en relación con el tratamiento fiscal de las IIC en el doble plano europeo e internacional se traduce, como es obvio, en una notable incertidumbre para los operadores en este ámbito (IIC, inversores y gestores) y, por ende, en un desincentivo a la inversión colectiva transfronteriza. La consecución del objetivo final, en términos de neutralidad fiscal, requiere de mayores progresos en la coordinación/armonización fiscal entre los Estados miembros de la UE y de una posición más clara de la OCDE en esta materia, al objeto de garan-

tizar que solo haya efectivamente una tributación (96), ya sea en sede de la IIC, o de sus partícipes.

BIBLIOGRAFÍA

- ARGINELLI, P. y AVELLA, F. (2014): «News and clarifications on the tax residence of collective investment vehicles and on the corporate tax exposure for European investment fund managers», *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 16, n° 6, pp. 266-272.
- ARNOLD, B.J. (2009): «Tax treaty news», *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, n° 4, pp. 134-136.
- BANFI, L. y MANTEGAZZA, F. (2010): «Italian undertakings for collective investment: overview of the current tax framework and potential developments», *European Taxation Journal*, vol. 50, n° 8, pp. 359-372.
- BANFI, L. y MANTEGAZZA, F. (2011): «Italian undertakings for collective investment: an update on the tax framework», *European Taxation Journal*, vol. 51, n° 7, pp. 285-293.
- BAKER, Ph. (2014): «The CJUE judgment in the Emerging Markets Series case», *Tax Journal*, n° 1215, pp. 14-15.
- BROWN, P. A. (2013): «Fifty years of uncertainty: the problem of international neutrality for Collective Investment Vehicles», en: Vermeulen, H. (ed.): *The tax treatment of CIVs and REITs*, IBFD Publications, The Netherlands, pp. 19-43.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2008): *Las instituciones de inversión colectiva en la imposición directa*, Thomson – Civitas.
- CAÑO ALONSO, J. C. (2004): *Tributación de las Instituciones de Inversión Colectiva y de sus accionistas o partícipes*, Thomson-Aranzadi.
- CATASTI, A. (2008): «The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the Community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?», *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n° 3, pp. 184-203.
- CHEW, V. T. (2015): «The application of tax treaties to Collective Investment Vehicles: beneficial owner requirement explained?», *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 17, n° 6.
- CORDERO GONZÁLEZ, E. (2010): «Régimen fiscal de las Instituciones de inversión colectiva y libre circulación de capitales. A propósito del Caso «Orange European Smallcap Fund NV», *Revista Noticias de la Unión Europea*, n° 305, pp. 89-98.
- COUZIN, R. (2002): *Corporate residence and International Taxation*, International Bureau of Fiscal Documentation, 2002 (Online books IBFD), en su apartado 3.1.1.5.
- CRUZ PADIAL, I. (2000): «Las instituciones de inversión colectiva. Directivas comunitarias y situación en nuestro ordenamiento tributario», *Boletín Económico de ICE*, n° 2671, pp. 17-25.

(96) Tal y como ha declarado la propia OCDE, en el párrafo 6.11 de los Comentarios al CM OCDE 2014: «a consistent goal (...) is to ensure that there is only one level of tax, at either the CIV or the investor level».

- DA SILVA, B. (2011): «Granting tax treaty benefits to Collective Investment Vehicles: a review of the OECD Report and the 2010 amendments to the Model Tax Convention», *Intertax*, vol. 39, n° 4, pp. 195-206.
- DE GRAAF, A. y PÖTGENS, F. (2011): «Worrying interpretation of «liable to tax»: OECD clarification would be welcome», *Intertax*, vol. 39, n° 15, pp. 169-177.
- DIBOUT, P. (2011): «Le régime fiscal des dividendes versés aux OPCVM étrangers: un enjeu contentieux d'une importance exceptionnelle», *Revue de droit fiscal*, Comm. 485, pp. 62-68.
- DICKSON, K. y O'SHEA, T. (2014): «Non-EU funds can be charged withholding taxes, ECJ Advocate General says in Emerging Markets», *Tax Notes International*, vol. 73, n° 6, pp. 541-550.
- ED, L. y BONGAARTS, P. (1997): General Report on «The taxation of investment funds», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 82.b, International Fiscal Association, pp. 155-197.
- FIBBE, G. K. (2010): «Changes to the OECD Commentary on Collective Investment vehicles proposed by the OECD Committee on Fiscal Affairs», *Bulletin for International Taxation*, vol. 64, n° 3, pp. 138-151.
- FIBBE, G. K. (2013): «The 2010 update of the OECD Commentary on Collective Investment Vehicles», en: Vermeulen, H. (ed.): *The tax treatment of CIVs and REITs*, IBFD Publications, The Netherlands, pp. 45-71.
- GALEA, R. (2012): «The meaning of «Liable to tax» and the OECD Reports: their interaction and ambiguous interpretation», *Bulletin for International Taxation*, vol. 66, n° 6, [published on line 07 May 2012].
- GRILLI, S. (2004): «Treaty entitlement of investment fund», *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, vol. IV, n° 3, pp. 863-948.
- JOHNSTON, N. (2012): «Collective Investment Vehicles», *Bulletin for International Taxation*, vol. 66, n° 7, pp. 383-390.
- KOLLMANN, J.; RONCARATI, A. y STARINGER, C. (2016): «Treaty entitlement for fiscally transparent entities: Article 1(2) of the OECD Model Convention», en: Lang, M. y otros (eds.): *Base Erosion and Profit Shifting*, Linde Verlag.
- LAWLESS, D. y MURRAY, S. (2011): «Taxation of collective investment funds and availability of treaty benefits», *European Taxation Journal*, vol. 51, n° 2-3, pp. 51-57.
- LE GALL, J. P. (1995): «International tax problems of partnerships», General Report, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXXXA, Kluwer Law International, pp. 657-665.
- LETIZIA, G. (2015): «International tax issues in relation to cross border investment funds», *Intertax*, vol. 43, n° 8-9, pp. 526-530.
- LEWICKI, T. (2010): «Polish Corporate Income Tax treatment of collective investment vehicles from a domestic law and tax treaty perspective», *European Taxation Journal*, vol. 50, n° 6, pp. 238-244.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (2003): «Instituciones de inversión colectiva: aspectos de fiscalidad internacional de las SIMCAVS españolas», en: Rodríguez Ondarza, J. A. y Fernández Prieto, A. (Dirs.): *Fiscalidad y planificación fiscal internacional*, Instituto de Estudios Económicos, pp. 293-327.

- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (2015): «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Libertades fundamentales e impuestos directos», *Revista española de Derecho Financiero*, nº 167, pp. 365-367.
- MARZANO, M. (2013): «Comparabilità» comunitaria e dividendi distribuiti a organismi di investimento collettivo del risparmio non residenti», *Rassegna Tributaria*, nº 3, pp. 714-730.
- NELKON, N. y COLREAVY, S. (2015): «Domestic and regulatory treatment of ETFs», *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 17, nº 1, [Published online: 9 February 2015].
- O'SHEA, T. (2008): «Dutch dividend tax rules found partially incompatible with EC Treaty», *Tax Notes International*, vol. 51, nº 5, pp. 403-406
- PALLESI, N. (2007): «Application of tax treaties to investment funds», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 9, pp. 87-154.
- PICOD, F. (2015): «À la recherche du sens d'une exception à la libre circulation des capitaux», *La Semaine juridique*, nº 23, p. 1109.
- RÖDER, E. (2014): «The Wagner-Raith (C-560/13) and Grünwald (C-559/13) cases», en: VVAA: *ECJ – Recent developments in direct taxation 2013*, Linde Verlag, Viena, pp. 63-82.
- RUST, A. (2015): «Article 1», en: Reimer, E. y Rust, A. (Eds.): *Klaus Vogel on Double Tax Conventions*, 4ª edición, Kluwer Law International.
- SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V. M. (2016): «Fiscalidad de las Instituciones de Inversión Colectiva: algunos aspectos internacionales», en: Merino Jara, I. y Ugartemendia Eceizabarrena, J. I. (Dir.): *Fiscalidad Internacional desde la perspectiva del País Vasco*, Instituto Vasco de Administración Pública, pp. 383-408.
- SCHELLING, C. (2015): «Swiss tax treaty policy», *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, nº 4-5, pp. 216-221.
- SCHERLEITNER, M. (2016): «Thoughts on the potential effects of the OECD/G20 BEPS Action Plan on Collective Investment Vehicles – Part I», *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, nº 10, pp. 601-611.
- SCHERLEITNER, M. (2017): «Thoughts on the potential effects of the OECD/G20 BEPS Action Plan on Collective Investment Vehicles – Part II», *Bulletin for International Taxation*, vol. 71, nº 2, pp. 98-110.
- SMIT, D. (2015): «Wagner-Raith. Restrictions on the free movement of capital to and from third countries», *Highlights & Insights on European Taxation*, nº 8, pp. 31-32.
- VERMEULEN, H. (2012): «The implications of treaty application for a Netherlands closed fund for mutual account», *Bulletin for International Taxation*, vol. 66, nº 1, pp. 47-53.
- VERMEULEN, H. (2013): *The tax treatment of CIVs and REITs*, IBFD Publications, The Netherlands.
- VIITALA, T. (2005): *Taxation of Investment Funds in the European Union*, Doctoral Series nº 8, International Bureau of Fiscal Documentation.
- VIITALA, T. (2013): «Comparability of different CIVs under EU Law», en: Vermeulen, H. (ed.): *The tax treatment of CIVs and REITs*, IBFD Publications, The Netherlands, pp. 147-160.
- VON BROCKE, K. (2014): «Emerging Markets Series: equal tax treatment for U.S. Regulated investment companies in Europe», *Tax Notes International*, pp. 327-333.

WHEELER, J. (2011): «The Missing Keystone of Income Tax Treaties», *World Tax Journal*, vol. 3, n° 2, pp. 247-367.

WLODZIMIERZ, N. y MICHAL, W. (2013): «Poland: C-190/12 Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company», en: VVAA: *ECJ – Recent developments in direct taxation 2012*, Linde Verlag, Viena, pp. 187-203.